

Retos para aplicar las diferentes barreras conductuales previstas en la Nueva Ley Federal de Competencia Económica.

**LUIS MONTERRUBIO,
Noriega y Escobedo, A.C.
Socio Director**

Introducción

Anteriormente, la legislación en materia de competencia económica estaba diseñada de forma tal, que lo que se perseguía y castigaba era la comisión de prácticas monopólicas absolutas, relativas y concentraciones ilícitas.

Con motivo de la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y competencia económica, se incluyeron una serie de **facultades para Cofece** con el objeto de **ordenar los mercados**. Entre ellas, la de **“eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia”**.

Problemática:

El término barreras a la competencia y la libre concurrencia no está definido en el Artículo 28 de la Constitución y el texto del Artículo 3, fracción IV de la LFCE es lo suficientemente amplio como para que se den cuestionamientos en el sentido de **no poder determinar claramente cuándo se está frente a una barrera a la competencia y la libre concurrencia de tipo conductual, cuándo frente a una barrera de entrada conductual, o cuándo frente a la práctica monopólica relativa prevista por el Artículo 56, fracción XI de la LFCE referente a la “elevación de costos a rivales”**.

Definiciones legales similares:

Las barreras a la competencia y la libre concurrencia de carácter conductual son entendidas como: cualquier hecho o acto de los agentes económicos que *impide o distorsiona el proceso de competencia y libre concurrencia*, al tener por objeto o efecto, el *impedir el acceso* de competidores *al mercado* respectivo o bien, *limitar su capacidad para competir* dentro del mismo (Art. 3°, fracción IV de la LFCE).

Las barreras a la entrada derivadas de conductas de agentes económicos son entendidas como: las *restricciones* constituidas por prácticas realizadas por los *agentes económicos ya establecidos* en el mercado relevante (Artículo 7, fracción VI de las DRLFCE).

La elevación de costos a rivales es considerada una práctica monopólica relativa consistente en la acción de uno o varios Agentes Económicos cuyo *objeto o efecto*, directo o *indirecto*, sea *incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda* que enfrentan otro u otros *Agentes Económicos* (Artículo 56, fracción XI de la LFCE).

Inquietud:

Ante la similitud de los 3 supuestos legales que se refieren a las conductas de los agentes económicos como: barreras a la competencia y la libre concurrencia; barreras a la entrada, y práctica monopólica consistente en la elevación de costos a rivales, me surgió la siguiente inquietud:

¿Qué tipo de conductas pueden prohibirse mediante el procedimiento especial para eliminar barreras a la competencia y la libre concurrencia?

Considerando que sería ilógico que el legislador hubiere desarrollado tres supuestos normativos distintos, cada uno de ellos con consecuencias jurídicas diversas y aplicables mediante dos procedimientos diferentes, para regular los mismos tipos de hechos o actos, y a fin de tratar de dar una respuesta a mi pregunta, **decidí utilizar un criterio interpretativo funcional. Es decir, buscar los fines o funciones sociales particulares que pretende salvaguardar** cada uno de los procedimientos en los que son aplicados dichos conceptos, a partir de un análisis comparativo entre los artículos que regulan al **procedimiento general** y aquellos que norman al **procedimiento especial**.

A partir del comparativo concluí que cuando COFECE detecte que una conducta de los AE obstaculiza la competencia, deberá:

1.- Prohibirla y sancionarla administrativamente mediante un procedimiento general, **cuando sea ilícita**. Es decir, cuando se trate de prácticas monopólicas absolutas o relativas, como sería el caso de la fracción XI del Artículo 56 de la LFCE, ya que dicha práctica implica el abuso de la posición dominante para perjudicar a otros agentes económicos, al enfrentarlos a dificultades para permanecer o concurrir al mercado, por razones que no dependan de su eficiencia, sino del abuso del poder del o de los dominantes.

2.- Considerarla tan sólo como como barrera a la entrada dentro del análisis de poder sustancial, cuando **dificulte la entrada al mercado, pero no la impida** por sí misma.

3.- Prohibirla o restringirla hacia el futuro mediante un procedimiento especial, cuando la **conducta sea lícita, pero sea la causa directa de la inexistencia de condiciones de competencia efectiva en todo un mercado**. La medida correctiva debe ser proporcional, idónea y económicamente viable para eliminar la falta de competencia efectiva dentro del mercado investigado, así como la menos gravosa o restrictiva para el referido agente económico, dentro de las alternativas que se deriven del expediente, por lo tanto, sólo podrá aplicarse cuando la eliminación de la referida barrera conductual sea indispensable para restaurar las condiciones de competencia efectiva en determinado mercado.

Regular o proscribir conductas cuando se presentan éstas como efectos, y no como causas, no corregiría la distorsión de mercado y sin duda, la inexistencia de condiciones de competencia efectiva prevalecientes a la postre, cuestionaría la idoneidad de la medida correctiva que se hubiese impuesto. Por eso, el problema habrá que arrancarlo desde la raíz.

Distintos fines:

Lo anterior teniendo en cuenta que el **fin del procedimiento general es sancionar conductas prohibidas y eliminar sus efectos anticompetitivos** y que el **fin del procedimiento especial es generar condiciones de competencia efectiva, mediante la eliminación de conductas que sin ser ilegales, distorsionan el funcionamiento eficiente de todo un mercado.**

La inexistencia de condiciones de competencia efectiva, un efecto multicausal y dinámico.

No podemos desdeñar el hecho de que los mercados mantienen delicados equilibrios y en la búsqueda de la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, COFECE debe emitir resoluciones que fomenten la actividad empresarial de forma tal, que los mercados se robustezcan momento a momento.

A mayor abundamiento se comenta que en México, la inexistencia de condiciones de competencia efectiva en determinado mercado relevante, será casi siempre un efecto derivado de múltiples causas.

Lo anterior, sumado al reto que implicará el regular a los mercados con la suficiente flexibilidad, como para que las medidas correctivas continúen promoviendo la eficiencia de los mercados a lo largo del tiempo, pese a que éstos se encuentran siempre en movimiento y por tanto, son interdependientes y cambiantes.

El camino que COFECE ha seguido para corregir mercados:

En el caso del **sector financiero**, Cofece parece haber **seguido el orden más prudente y adecuado para corregir mercados**, ya que **inició por** realizar un estudio de mercado que le permitiera **identificar los problemas de competencia más relevantes** de los mercados que integran a dicho sector, **así como sus causas directas e indirectas**, encontrando que en primer término debía dirigir sus **recomendaciones sobre mejoras regulatorias a las autoridades públicas del sector** y esperar un tiempo razonable tanto para la implementación de la nueva regulación, como para **evaluar si las condiciones de competencia efectiva se generaban a partir de dicha mejora regulatoria**.

Finalmente **y, sólo a falta de dichas condiciones** de competencia, **iniciar los procedimientos** generales y especiales que sean **necesarios para eliminar las fallas estructurales y/o conductas** de los agentes económicos que se sigan erigiendo aún, como **causas directas de la inexistencia de condiciones de competencia efectiva**.

A la fecha, la Autoridad Investigadora de Cofece ha iniciado los 3 procedimientos especiales siguientes pero el Pleno aún no ha emitido resoluciones que puedan arrojar luz sobre estos conceptos analizados:

- Expediente **IEBC-001-2015**, en el mercado de la provisión de los servicios de transporte aéreo que utilizan el **Aeropuerto** Internacional de la **Ciudad de México** para sus procedimientos de **aterriaje y/o despegue** con el fin de determinar la probable existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia o insumos esenciales que puedan generar efectos anticompetitivos (DOF 16-02-15).
- Expediente **IEBC-002-2015**, en el mercado del **servicio público de transporte de carga** en general con dimensión geográfica circunscrita al Estado de **Sinaloa** con el fin de determinar la probable existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia que puedan generar efectos anticompetitivos (DOF 24-06-15).
- Expediente **IEBC-001-2016**, en el mercado de la producción, distribución y comercialización de **semilla y grano de cebada maltera para la producción de cerveza** con el fin de determinar la probable existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia que puedan generar efectos anticompetitivos.

¡Gracias!

**LUIS MONTERRUBIO,
Noriega y Escobedo, A.C.
Socio Director**