

Boletín número 4/2011.

24.04.11

Comentarios respecto a las reformas a la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) aprobadas por la Cámara de Diputados y cuya minuta ha sido turnada para discusión a la Cámara de Senadores.

La LFCE es reglamentaria del artículo 28 Constitucional, y tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios. El órgano encargado de su aplicación en la Comisión Federal de Competencia (CFC), órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía, con autonomía técnica y operativa.

El Estado requiere herramientas para perseguir con eficacia y sancionar con efectividad las prácticas monopólicas que afectan a diferentes mercados en México, incluyendo aquellos en el sector de las telecomunicaciones. Las reformas, recientemente aprobadas por la Cámara de Diputados, contienen muchos elementos positivos. No obstante, resulta preocupante que también incluyan un cambio que consideramos inadecuado respecto a la vía apropiada para combatir las resoluciones finales de la CFC. Actualmente, procede el amparo indirecto contra las determinaciones de la CFC y se está proponiendo que lo que proceda sea el juicio ordinario administrativo, mismo que resulta un procedimiento inadecuado, con más instancias y que resultaría mucho más largo.

El Comisionado de la CFC, Miguel Flores Bernés, nos proporcionó un documento que contiene sus puntos de vista sobre el particular y del cual reproducimos en este boletín diferentes aspectos en los que coincidimos.

ANTECEDENTES.

La LFCE vigente fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992 y sus últimas reformas el 28 de junio de 2006. (aquí el vínculo a la LFCE vigente) <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/104.pdf>

En abril de 2010, el Presidente de la República envió una iniciativa de reformas a la LFCE a la Cámara de Diputados. Los diputados aprobaron, con algunos cambios, la iniciativa y la turnaron a la Cámara de Senadores para su discusión. La Cámara de Senadores, en un procedimiento poco convencional, aprobó diversos artículos y reservó algunos de los más importantes, regresando a la Cámara de Diputados un documento incompleto e imposible de constituirse en una verdadera reforma. En ese entonces, el mayor motivo de discordia se dio en la propuesta de algunos Senadores del PRI para cambiar la naturaleza jurídica de la CFC y transformarla de un órgano desconcentrado a un organismo descentralizado con supuesta independencia. El motivo de la propuesta obedecía al deseo de los Senadores para participar en el proceso de nombramiento de los integrantes del Pleno de la CFC.

La Cámara de Diputados recibió una minuta incompleta y tuvo que trabajar en la recomposición de su propuesta inicial, tomando en cuenta las discusiones que se dieron en el Senado. El resultado es una mejora notable en las propuestas y un detalle procedimental, poco discutido hasta ahora, pero que puede poner en entredicho todo lo bueno que tiene la reforma. Aquí la liga a la Gaceta respectiva:

<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2011/abr/20110414-III.html#DecDictamen1>

ANÁLISIS EN CONJUNTO DE LA PROPUESTA

Las principales mejoras a la LFCE, son las siguientes:

Boletín número 4/2011. 24.04.11

-Aumento a las sanciones administrativas que se imponen por prácticas monopólicas, se podrá cobrar 10% del ingreso acumulable a una empresa por conductas colusivas (acuerdos entre competidores) y 10% por abusos de posición dominante.

-Será un delito perseguido con cárcel (3 a 10 años) los acuerdos entre competidores para fijar precios, dividirse un mercado, reducir el abasto de productos o acordar posturas en licitaciones públicas.

-Se dota a la CFC de herramientas para investigar mejor a través de la posibilidad de realizar visitas sorpresa a empresas.

-CFC podrá, cuando exista peligro de daño grave a la competencia, impedir daños a través de medidas cautelares o preventivas, prohibiendo una conducta de forma temporal en lo que se lleva a cabo el procedimiento.

-Se garantiza la actuación imparcial de la CFC mediante figuras novedosas como audiencias orales ante el Pleno, la creación de la figura del comisionado ponente y la designación por parte de todos los comisionados del Secretario Ejecutivo, quién es el encargado de las investigaciones y hoy es designado sólo por el presidente de la CFC.

-Mejoras en la transparencia, la CFC tendrá la obligación de publicar criterios respecto a cómo se determina el poder sustancial de una empresa, los mercados relevantes, el cálculo de sanciones, entre otros conceptos; además los votos de todos los comisionados deberán ser por escrito y de ausentarse a una sesión del Pleno deberán votar por escrito después.

-El programa de inmunidad, que reduce sanciones a agentes económicos que aportan información sobre las actividades ilícitas de un cartel, se amplía a personas físicas.

-Se reducen trabas burocráticas en la notificación de concentraciones.

No obstante, todas estas mejoras podrían retrasar por años sus efectos en la realidad dado que a la par se incluyó un cambio respecto en la vía apropiada para combatir las resoluciones finales de la CFC (tales como multas u órdenes de no continuar prácticas monopólicas). Actualmente, los sancionados pueden acudir al amparo indirecto (ante un juez de distrito) contra esas resoluciones.

El problema es que en materia procedimental, lo que propone la Cámara de Diputados, es la creación de juzgados y tribunales especializados en materia de competencia económica que sigan el juicio ordinario administrativo a petición de un particular.

Consideramos conveniente la creación de instancias especializadas en el Poder Judicial, aunque creemos que el procedimiento que debe llevarse a cabo en ellas no debe ser el juicio ordinario administrativo, por razones que más adelante se exponen.

Así pues, el artículo 39 de la propuesta de reformas dice lo siguiente: "El juicio ordinario administrativo ante los Juzgados de Distrito y Tribunales especializados en materia de competencia económica procede contra resoluciones consistentes en actos decisorios terminales dentro de la etapa generadora del acto administrativo."

Las razones de la Cámara de Diputados para proponer el juicio ordinario administrativo.

Boletín número 4/2011. 24.04.11

Originalmente contra las resoluciones finales de la CFC, la Cámara de Diputados propuso la procedencia del juicio contencioso administrativo ante una sala especializada en materia de competencia, en el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa. Las Comisiones del Senado estimaron que lo más ágil, sería acudir a una instancia dependiente del Poder Judicial de la Federación, por lo cual propuso que las resoluciones de la CFC fueran recurribles ante los juzgados de distrito en materia de competencia económica sin establecer qué procedimiento era el adecuado, aunque se suponía que sería el amparo indirecto. Esta última propuesta fue objeto de reservas en el Pleno del Senado y no fue incluida en la Minuta devuelta a Diputados.

La Comisión de Economía de los Diputados, para justificar su nueva propuesta, ahora reconoce que se equivocó y que acudir al Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa le parece que es *"contraria al principio de división de poderes y facultades y que sería contraria a la tendencia internacional"*, haciendo notar que *"la eficiencia del Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa, ha dejado mucho que desear..."* y que comparativamente con el Poder Judicial Federal, el contencioso administrativo tiene mucho trabajo por hacer.

Luego señala que el juicio ordinario civil, contenido en el *Código Federal de Procedimientos Civiles, que es la vía ordinaria administrativa, es uno que "dada su longevidad y por su aplicación supletoria en todas las materias federales, ha sido ampliamente explorado por los tribunales, existiendo una diversidad enriquecedora de criterios que regulan sus etapas procesales"*. Cambiando su original propuesta, y sin más argumentos que los señalados, la Comisión de Economía de los Diputados sugirió que la ventilación de las controversias que se susciten con motivo de las resoluciones de la CFC, sea en el Poder Judicial Federal a través del juicio ordinario administrativo.

Problemas que se derivarán de juicio ordinario administrativo.

El juicio ordinario administrativo federal es un medio de defensa excepcional. Para que este tipo de juicios sean procedentes no es suficiente que una de las partes en la controversia sea una autoridad del Estado, sino que además la causa que dio origen a la relación o vínculo que existe entre la autoridad y el particular sea originalmente de índole principalmente privada o con un componente civil. Por ejemplo estos juicios proceden ante la rescisión de un contrato administrativo o la responsabilidad civil del Estado. Pero eso nada tiene que ver con las resoluciones que emite la CFC. Por el contrario, el procedimiento en materia de competencia económica es de orden público, no privado. Tiene como propósito fundamental sancionar administrativamente la comisión de prácticas monopólicas (o concentraciones prohibidas) que afecten el funcionamiento de los mercados.

Desafortunadamente, la alternativa que se propone con la reforma al artículo 39, permitiría a las empresas, que a juicio de la CFC han violado la Ley, extender indefinidamente los recursos legales que tienen a su alcance para evitar que las sanciones se cumplan. Generalmente un juicio ordinario administrativo establece reglas que incluyen normas, recursos y defensas que son más propios de un proceso civil, lo que conlleva a juicios más prolongados. Por ejemplo, que se presente una demanda en contra de la resolución de la CFC, que dicha autoridad conteste la demanda, que se pueda ampliar la demanda y que a su vez la CFC conteste la ampliación de demanda. Adicionalmente, que ambas partes presenten y desahoguen tanto pruebas como alegatos, previo a que el juez dicte la sentencia definitiva.¹ Además en contra de esta sentencia, el particular podrá presentar una apelación, la cual sería conocida por un Tribunal Unitario de Circuito. Y no sólo eso,

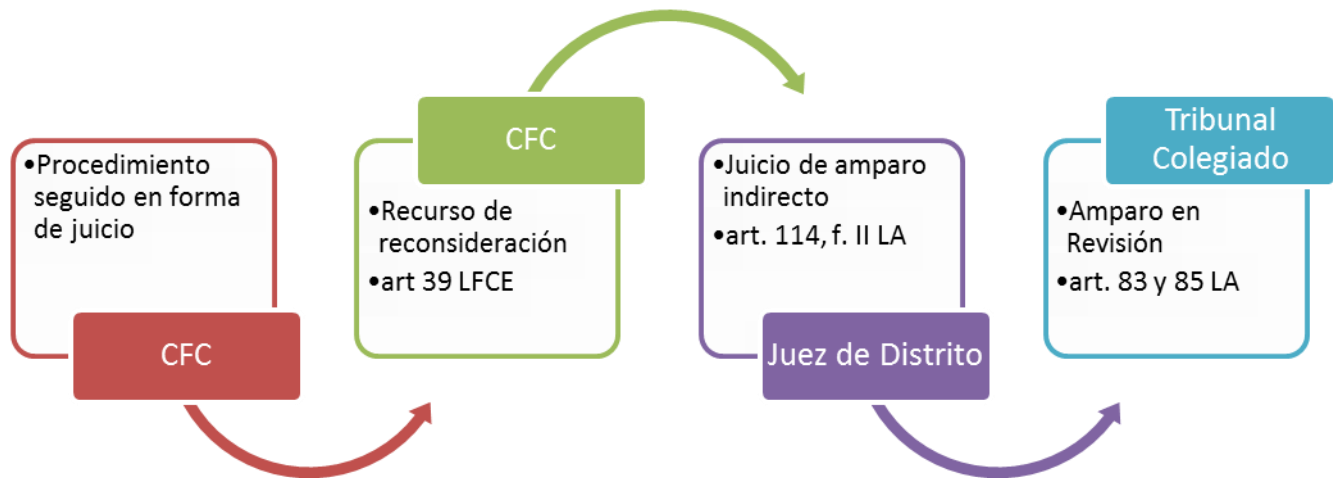
¹ Sin embargo, se desconoce cuáles serán las reglas procesales que aplicarán a este juicio, dado que el artículo sexto transitorio de la iniciativa establece que se expedirán en un plazo que no exceda de 180 días naturales a la entrada en vigor del decreto.

**Boletín número 4/2011.
24.04.11**

contra la sentencia de este Tribunal será procedente el amparo directo ante los Tribunales Colegiados de Circuito. Es decir, se prolonga innecesariamente la aplicación de una resolución de la CFC.

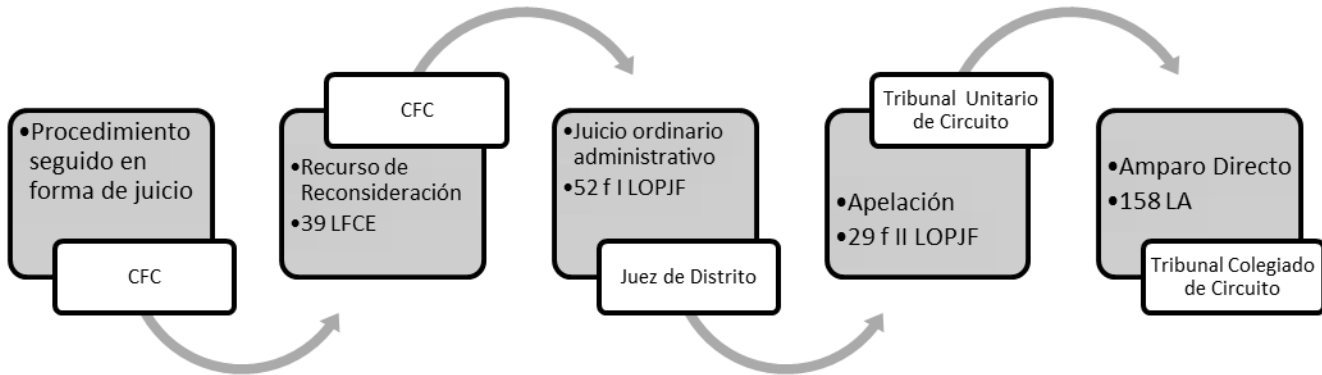
El siguiente diagrama permite demostrar el procedimiento sancionador que se sigue actualmente ante la CFC y cuál es el control de legalidad que existe en contra de sus resoluciones.

¿Cuál es el procedimiento vigente?



El procedimiento vigente ya permite que el presunto infractor de una práctica monopólica o concentración prohibida manifieste ante la CFC lo que a su derecho convenga, exhiba las pruebas que considere pertinentes y formule alegatos, hecho lo cual, la CFC dictará la resolución que en derecho corresponda. Es decir, se respetan las formalidades esenciales del procedimiento y el derecho de defensa, brindando al presunto infractor la oportunidad de alegar y probar en su favor. Por el contrario, la reforma al artículo 39 de la LFCE contenida en la iniciativa aprobada por el Pleno de la Cámara de Diputados no garantiza el debido cumplimiento del objetivo de la Ley, que es de interés público, pues podría demorar excesivamente la aplicación de las resoluciones de la CFC y evitar que los beneficios de la sana competencia permean hacia los consumidores. El siguiente diagrama permite apreciar las notables diferencias con el procedimiento vigente.

Boletín número 4/2011.
24.04.11



Es evidente entonces, que lo único que se lograría con la inclusión del juicio ordinario administrativo federal sería repetir el procedimiento seguido en forma de juicio que ya se llevó a cabo ante la CFC, lo que claramente generaría una duplicidad de procedimientos que afectarían seriamente no sólo la existencia de vías expeditas que reduzcan los costos de resolución de disputas y una mayor previsibilidad de las interacciones económicas, sino además, el interés que tienen los consumidores mexicanos en que el Estado sancione la comisión de prácticas monopólicas que afecten el funcionamiento de los mercados y que los obliguen a pagar precios altos en beneficio indebido de una o varias personas.

Como se mencionó, las reformas contienen diversos puntos positivos, consideramos que la creación de instancias judiciales especializadas, tanto en materia de competencia económica como en telecomunicaciones, es positiva y merece análisis y discusión profunda, pero no debemos someter a la autoridad a un juicio ordinario diseñado para conflictos entre dos particulares o entre un particular y el Estado cuando no actúa como autoridad. Debemos confiar en nuestras instituciones, si la propia legislación permite que se repita ante un juez el procedimiento llevado en forma de juicio ante la CFC, se está desconociendo, de cierta forma, su autoridad y eficacia y haciendo que las medidas tomadas pierdan o disminuyan su eficiencia y eficacia.

Agradecemos al comisionado de la Comisión Federal de Competencia, Miguel Flores Bernés, su interés en Observatel, así como el documento proporcionado.