



REFLEXIONES SOBRE LOS 30 AÑOS DEL DERECHO ANTIMONOPOLIOS EN MÉXICO

Imanol Ramírez M.

Reflexiones sobre los 30 años del derecho antimonopolios en México

Noviembre 2023



Imanol Ramírez M.

Asociado Senior en Dentons López Velarde (Ciudad de México); abogado (Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo); LL.M. (Harvard Law School).

Resumen: Tras tres décadas de la promulgación de la primera ley antimonopolios en México y superada una etapa defensiva en la que la Comisión Federal de Competencia Económica consolidó sus facultades, se presenta un momento oportuno para reflexionar sobre el futuro del derecho antimonopolios en el país. Este análisis destaca la relevancia de que los legisladores, comprendan el papel fundamental que juegan en el diseño y efectividad de la política de competencia. Asimismo, es importante entender las limitaciones del derecho antimonopolios (i.e., la investigación y sanción de conductas anticompetitivas y el sistema de control de concentraciones), entendido como una herramienta más dentro de una política de competencia más amplia. Esta comprensión permite asignar responsabilidades y aplicar el derecho antimonopolios de manera más efectiva, complementándolo con la regulación sectorial cuando sea necesaria una intervención estatal más contundente para asegurar condiciones de competencia en los mercados. El reto inmediato en México consiste en implementar una combinación de estrategias que abarquen desde litigios civiles por daños en materia de competencia, hasta una revisión exhaustiva de la regulación sectorial en mercados con desafíos significativos de competencia. El cambio en la presidencia de México que se llevará a cabo el próximo año es una oportunidad para visitar estos temas y organizar la política de competencia desde las propuestas de los principales actores políticos del país.

En febrero y marzo de 2023, el Senado de la República ratificó el nombramiento de dos nuevos comisionados y designó a la nueva presidenta de la principal autoridad antimonopolios de México, la Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE”).¹ Con ello se cubrieron todas las posiciones del Pleno de esta institución, que hasta entonces habían estado vacantes por la omisión del presidente de la República -Andrés Manuel López Obrador- de seleccionar a los aspirantes a Comisionados.² Asimismo, en junio de este mismo año se cumplieron 30 años de la entrada en vigor de la primera ley antimonopolios en México.³ Estos eventos marcan el inicio de una nueva etapa para la COFECE y nos dan oportunidad para reflexionar sobre el rumbo del derecho antimonopolios en el país.⁴

1 Véase Rodrigo Alcázar Silva y Giovanni Tapia Lezama, nuevos comisionados de la Cofece, COFECE, disponible en: <https://www.cofece.mx/rodrigo-alcazar-silva-y-giovanni-tapia-lezama-nuevos-comisionados-de-la-cofece/#:-:text=Rodrigo%20Alc%C3%A1zar%20Silva%20y%20Giovanni%20Tapia%20Lezama%2C%20nuevos%20comisionados%20de%20la%20Cofece,-La%20Comisi%C3%B3n%20Federal> y Andrea Marván Saltiel es designada comisionada presidenta de la Cofece, COFECE, disponible en: <https://www.cofece.mx/andrea-marvan-saltiel-es-designada-comisionada-presidenta-de-la-cofece/#:-:text=La%20comisionada%20Andrea%20Marv%C3%A1n%20Saltiel,del%20Senado%20de%20la%20Rep%C3%ABlica>.

2 El Pleno de la COFECE se conforma de siete comisionados, uno de los cuales funge como su presidente, y es el órgano encargado de resolver en sede administrativa los asuntos de su competencia. El proceso de designación de los Comisionados inicia con una evaluación técnica de la cual el presidente de la República debe seleccionar a uno de entre los cinco aspirantes con los resultados más altos, quien posteriormente debe ser ratificado por el Senado.

3 La primera ley antimonopolios en México fue publicada el 24 de diciembre de 1992 y entró en vigor 180 días después de su publicación.

4 A lo largo de este documento se hace referencia al “derecho antimonopolios” entendido como los procedimientos de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, así como el sistema de control de concentraciones, conocidos en Estados Unidos como derecho “*antitrust*” y que son legado del Sherman Act y el Clayton Act, como se describe más adelante. El término “*antitrust*” refleja la historia de Estados Unidos antes de 1890, con la existencia de monopolios en la colonia y el control de los “*trusts*” sobre mercados petroleros, de transporte ferroviario, azúcar, acero, entre otros.

En los últimos cuatro años, COFECE mantuvo una agenda defensiva ante los constantes ataques del Poder Ejecutivo a los órganos autónomos y el desinterés en la política de competencia económica de la actual administración (2018-2024). Por ejemplo, COFECE defendió su autonomía para determinar los salarios de sus funcionarios,⁵ inició múltiples litigios en el sector energético en contra de políticas y conductas anticompetitivas provenientes de órganos públicos⁶ y exigió el nombramiento de sus comisionados faltantes de manera que le permitieran sesionar válidamente todos los asuntos de su competencia⁷

De una u otra forma, COFECE ha logrado hacer valer sus facultades y así, muy loablemente, su fortalecimiento institucional. Ha demostrado cómo una institución relativamente pequeña puede generar contrapesos, especialmente en una democracia incipiente y frágil como la mexicana. En gran medida, esto fue posible gracias al diseño institucional bajo el que la agencia fue creada, en la que se previó la existencia de un órgano colegiado para la toma de decisiones conformado por profesionales cuya selección depende de un proceso en parte meritocrático y en parte político. Esto, sin dejar de destacar el trabajo realizado desde la creación de la institución en 2013, donde se ha impedido la influencia o intervención de actores económicos o políticos en la toma de decisiones técnicas. Ello ha enviado la señal a los mercados sobre la estricta aplicación de la ley antimonopolios en México, siendo quizás éste el legado más importante de los comisionados que han ocupado el cargo desde entonces.⁸

I. LOS ALCANCES DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

El nombramiento de los nuevos comisionados es importante no solo porque implica la posibilidad de COFECE de poder ejercer todas sus facultades,⁹ sino también porque genera certezas en la continuidad de la institución y, hasta cierto punto, sobre la continuidad de la política de competencia económica en los mercados en un contexto ideológicamente adverso. Pasada esta etapa defensiva, es un buen momento para replantearse el rumbo en la materia. Para ello, primero es importante contextualizar y comprender los alcances y limitaciones de la política de competencia.

En las comparecencias de los candidatos a comisionados –recientemente ratificados– realizadas ante la Comisión de Economía del Senado mexicano, algunos senadores cuestionaron la efectividad y utilidad de COFECE, particularmente considerando que esta cuenta con facultades constitucionales para eliminar barreras a la competencia y regular insumos esenciales.¹⁰ Asimismo, se refirieron a la alta concentración en los mercados e incluso solicitaron su intervención para atender las deficiencias en los servicios de transporte aéreo de pasajeros que se prestan desde el Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México (“AICM”).

5 Véase “Confirma SCJN suspensión que prohíbe reducir ‘sueldazos’ en INE, Cofece y Banco de México”, El Financiero, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2021/04/21/confirma-scn-suspension-que-prohibe-reducir-sueldazos-en-ine-cofece-y-banco-de-mexico/>

6 Véanse por, ejemplo, COFECE interpone controversia constitucional contra la emisión de la Política de confiabilidad, seguridad, continuidad y calidad en el Sistema Eléctrico Nacional, COFECE, disponible en: <https://www.cofece.mx/cofece-interpone-controversia-constitucional-contrala-emision-de-la-politica-de-confiabilidad-seguridad-continuidad-y-calidad-en-el-sistema-electrico-nacional/#:~:text=La%20COFECE%20considera%20que%20la,generaci%C3%B3n%20y%20suministro%20de%20electricidad> y “Otorgan suspensión a Cofece contra plan de gas natural de Sener”, Forbes, disponible en: <https://www.forbes.com.mx/otorgan-suspension-a-cofece-contraplan-de-gas-natural-de-sener/#:~:text=La%20Cofece%20solicit%C3%B3%20dicha%20suspensi%C3%B3n,la%20SCJN%20en%20su%20lista>

7 Véase “Cofece acude a la SCJN para destrabar nombramientos”, El Economista, disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/La-Cofece-presenta-controversia-constitucional-por-falta-de-3-comisionados-20211209-0096.html>

8 Al respecto, véase Alejandra Palacios Prieto, “Reflexiones de mi presidencia en la COFECE y sobre algunos de sus retos al futuro”, Investigaciones CeCo (febrero, 2022), disponible en: <https://centrocompetencia.com/reflexiones-alejandra-palacios-cofece/>

9 Véase, por ejemplo, “Por falta de nombramientos de Comisionados, la COFECE suspende el plazo para emitir resolución sobre barreras a la competencia en el sistema de pagos con tarjeta”, COFECE, disponible en: <https://www.cofece.mx/por-falta-de-comisionados-se-suspende-procedimiento/>

10 Véase Reunión de las Comisiones Unidas de Economía y Estudios Legislativos, Segunda, del Senado, 2 de febrero de 2023, Canal del Congreso, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ud-v5nxiEn4>

Sin embargo, llama la atención que son precisamente los legisladores –quienes reclaman la falta de efectividad de la política de competencia– los primeros que podrían y deberían revisar integralmente las principales reglas legales que pudieran estar generando problemas de competencia económica en los mercados. En efecto, la política de competencia es el conjunto de normas y acciones gubernamentales mediante las que se regula el poder de mercado, en cualquiera de sus formas, y cuyas bases se encuentran en la Constitución mexicana y las leyes que la reglamentan.¹¹

En México, es el Congreso quien emite las leyes sectoriales y aquellas que rigen transversalmente sobre los diversos sectores económicos del país. Estas leyes establecen las principales reglas que rigen los diferentes mercados económicos y que, en mayor o menor medida, incluyen normas en materia de competencia económica. Por ejemplo, la Ley de Hidrocarburos establece obligaciones de acceso abierto a la infraestructura logística de las empresas, regulación tarifaria para evitar la imposición de precios supracompetitivos y procedimientos de autorización para que un grupo económico pueda integrarse verticalmente. Así, las leyes federales, tales como la Ley de Hidrocarburos,¹² la Ley de Aeropuertos,¹³ la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario,¹⁴ la Ley de la Industria Eléctrica¹⁵ y la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión,¹⁶ establecen regulaciones sectoriales que prevén principios y reglas para garantizar el acceso a los mercados mediante procesos competitivos y evitar que se mantenga indebidamente o abuse del poder de mercado.¹⁷

Otras leyes establecen reglas que indirectamente impactan la competencia en los mercados. Por ejemplo, la Ley de Comercio Exterior¹⁸ rige transversalmente todos los sectores económicos del país al prever la posibilidad de imponer cuotas compensatorias, i.e., cuotas antidumping a las importaciones que se realicen con un precio menor al valor “normal” de aquel que tienen en su país de origen. Los procedimientos *antidumping* también tienen un efecto directo en la competencia, pues tienen la capacidad de limitar el número de oferentes y, en consecuencia, dar lugar a la posible existencia de estructuras de mercado anticompetitivas o a la existencia de poder de mercado –excepto cuando la cuota castiga precios predatorios de un agente económico con poder de mercado.

Si bien no se exige de los legisladores una formación necesariamente técnica, pues forman parte del proceso político de nuestra democracia, es necesario tener presente su rol en las políticas públicas principales del país. Por ejemplo, mucho podrían hacer los legisladores para beneficiar la competencia en los servicios de transporte aéreo de pasajeros que se prestan desde el AICM, como ya lo ha analizado exhaustivamente la COFECE,¹⁹

11 Véase, entre otros, el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

12 Véase en el sitio oficial de la Cámara de Diputados, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lhidro.htm>

13 Véase en el sitio oficial de la Cámara de Diputados, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/laero.htm>

14 Véase en el sitio oficial de la Cámara de Diputados, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lrsf.htm>

15 Véase en el sitio oficial de la Cámara de Diputados, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lielec.htm>

16 Véase en el sitio oficial de la Cámara de Diputados, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lftr.htm>

17 Estas leyes suelen establecer reglas en materia de competencia con diversos objetivos, incluyendo regulación sobre monopolios naturales, reglas para garantizar el libre acceso a los mercados o que buscan generar un campo parejo para todos los agentes económicos que participan en los mismos. Por ejemplo, la Ley de Hidrocarburos trata a los sistemas de transporte, distribución y almacenamiento de hidrocarburos y petrolíferos como monopolios naturales al establecerles obligaciones de acceso, como publicar la capacidad disponible en su infraestructura mediante boletines electrónicos, así como los resultados de su asignación. De igual manera, la capacidad que se contrata pero no se utiliza debe ser comercializada en mercados secundarios o puesta a disposición del transportista para que la ofrezca al público a través del boletín electrónico. El propósito de lo anterior es que los comercializadores o usuarios terceros puedan identificar y aprovechar la capacidad disponible y tener acceso a ella en condiciones de competencia. Además, la autoridad sectorial tiene la facultad de regular las tarifas de estos servicios de logística, lo cual también funciona como mecanismo para restringir la capacidad de un agente económico de fijar precios por encima del nivel competitivo. Por otro lado, dicha ley también establece un mecanismo de subastas para la asignación de contratos de exploración y producción de petróleo y gas natural (actualmente suspendidas por la administración en curso) y obligaciones a comercializadores de los diversos productos regulados de no negar el servicio de forma indebidamente discriminatoria.

18 Véase en el sitio oficial de la Cámara de Diputados, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lce.htm>

19 Véase la resolución de COFECE en el mercado de la provisión de los servicios de transporte aéreo que utilizan el AICM para sus procedimientos de aterrizaje y/o despegue contenida en el expediente IEBC-001-2015, disponible en: <https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V225/9/3849523.pdf>

estableciendo principios para la asignación eficiente de los *slots* del aeropuerto. Incluso, podrían replantearse las reglas de separación vertical a las que está sujeto el ACIM, de manera que sus incentivos permitan maximizar el uso eficiente de la infraestructura aeroportuaria²⁰. Lo mismo aplica para otra infraestructura controlada por el Estado, como el Sistema Nacional de Gasoductos operado por el Centro Nacional de Control del Gas, que también enfrenta retos derivados de su falta de incentivos para maximizar beneficios, y que repercute en su capacidad de realizar inversiones necesarias para su adecuado funcionamiento.

De este modo, los legisladores tienen un papel fundamental en el diseño de la política de competencia en México, siendo quizás ellos los primeros responsables de su efectividad. Sin duda el Poder Ejecutivo y los Estados también tienen un rol esencial, pues mientras el primero se encarga de implementar la legislación federal mediante la emisión y aplicación de regulación secundaria, los segundos se encargan de establecer e implementar normas a nivel local en los sectores económicos de su competencia. En este contexto, la Ley Federal de Competencia Económica de 2014 (“LFCE de 2014” o “LFCE”),²¹ que encarna al derecho antimonopolios en México, es una herramienta más dentro de la más amplia política de competencia de este país.

II. FUNDAMENTOS DEL DERECHO ANTIMONOPOLIOS EN ESTADOS UNIDOS Y EN MÉXICO

El derecho antimonopolios es una creación estadounidense de finales del siglo XIX que ha sido desarrollada durante décadas por sus cortes, mediante un sistema de precedentes judiciales, al más puro estilo del *common law*. Sin embargo, su objetivo no siempre ha sido igualmente entendido. A lo largo de estos años, el derecho antimonopolios en Estados Unidos ha sido influenciado por diferentes corrientes de pensamiento y ha perseguido fines distintos²².

En la primera mitad del siglo XX, las ideas del ministro de la Corte Suprema Louis Brandeis²³ tuvieron una fuerte influencia. De forma similar a la división del poder político que se prevé en la Constitución de Estados Unidos, el movimiento encabezado por el ministro Brandeis entendía el derecho antimonopolios como un sistema de contrapesos en los mercados para impedir la excesiva concentración del poder económico. El objetivo, entre otros, era que las empresas privadas no tuvieran la capacidad de impedir el ejercicio de las libertades de los ciudadanos, sirvieran a la concentración del poder político y, en consecuencia, constituyeran una amenaza para la democracia.²⁴ Así, se hacía un énfasis en la regulación económica e intervención estatal con la finalidad de proteger estructuras de mercado que garantizaran el acceso y la competencia.

Sin embargo, durante la segunda mitad del siglo XX el derecho antimonopolios sufrió un cambio transformacional con la introducción del estándar del bienestar del consumidor (*consumer welfare*) desarrollado por la Escuela de Chicago. Desde entonces, el derecho antimonopolios se enfoca en lograr que el consumidor final sea quien se beneficie de las eficiencias económicas –reflejadas en menores precios, mayor calidad o innovación, etc.– mediante la libre competencia.

20 Véase el artículo 29 de la Ley de Aeropuertos que impide la integración vertical entre prestadores de servicios de transporte aéreo y de servicios aeroportuarios. Al respecto, ver nota CeCo “[México: Posible integración vertical en el mercado aéreo y desafíos para la competencia](#)”.

21 Véase en el sitio oficial de la Cámara de Diputados, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfce.htm>

22 Al respecto, ver notas de CeCo “[Déjà vu: La Orden Ejecutiva de Biden y la influencia neo-brandeisiana](#)”; “[Responsables del declive en la aplicación de la ley de competencia de EE.UU.: ¿Escuela de Chicago o grandes empresas?](#)”; y “[ForoCompetencia: Efectos del movimiento neobrandeisiano en EE.UU. y Latinoamérica](#)”.

23 Quien sirvió en la Suprema Corte de Estados Unidos de 1916 a 1939.

24 Lina Khan. The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, Vol. 9, No. 3, p. 2-3.

Con la predominancia del capitalismo en el mundo, el derecho antimonopolios estadounidense ha sido gradualmente exportado a prácticamente todas las economías de mercado del planeta, aunque no de una manera uniforme.²⁵ Las democracias capitalistas tienen dos procesos fundamentales para promover los intereses públicos, uno es el proceso político y el otro es el mercado. El objetivo fundamental del derecho antimonopolios es regular este segundo proceso, es decir, establecer las reglas necesarias y óptimas para que los mercados no sean quebrantados por quienes participan en éstos, y para ello usa a la competencia como su pilar fundamental. En la actualidad, la idea económica básica sobre la que descansan las leyes antimonopolios es que los productores que son ineficientes eventualmente se verán obligados a salir de los mismos y, a su vez, aquellos mercados altamente rentables atraerán a productores eficientes. Esto es socialmente deseable porque el capital se redistribuye y desplaza hacia las actividades más rentables, y se logra así una asignación eficiente de recursos.

El derecho antimonopolios regula el problema del poder de mercado mediante la investigación y sanción de conductas anticompetitivas, principalmente: (i) acuerdos entre competidores para fijar el precio/restringir la oferta o segmentar los mercados –también conocidos como cárteles económicos o acuerdos horizontales– que, mediante su coordinación, simulan la existencia de un agente con poder de mercado; y (ii) conductas unilaterales o acuerdos verticales a través de los cuales una empresa abusa de su poder de mercado. Bajo el estándar del bienestar del consumidor, la existencia de poder de mercado no es sancionable en sí misma, pues es una situación que puede resultar del esfuerzo, mérito o riesgos asumidos por un agente económico, y que se puede traducir en una oferta de mayor calidad, mejor precio o innovación, en beneficio de los consumidores. Sin embargo, obtener o mantener dicho poder indebidamente o abusar de éste es lo que prohíbe el derecho antimonopolios.

La prohibición de estas conductas anticompetitivas son el legado del Sherman Act de 1890. Sin embargo, el derecho antimonopolios en Estados Unidos también se implementa mediante una mezcla de estrategias regulatorias con el fin de optimizar los problemas de aplicación excesiva o insuficiente de la norma. Así, también existe otra herramienta importante de regulación, de carácter *ex ante*, consistente en un sistema de control de concentraciones: la Clayton Act de 1914. Dicha herramienta permite a las autoridades actuar de forma preventiva para evitar la formación de estructuras de mercado que sean propicias para la comisión de conductas anticompetitivas. Este mecanismo descansa en la idea y reconocimiento de que es más fácil prevenir conductas anticompetitivas que investigarlas y sancionarlas. Adicionalmente, en Estados Unidos existe la posibilidad de reclamar por la vía civil el pago del triple de los daños derivados de conductas anticompetitivas (*treble damages*), con lo que se busca producir un efecto disuasorio en los mercados.

En México, la Constitución de 1857 fue la primera en prohibir los monopolios, regla que luego también fue recogida en la Constitución de 1917. Asimismo, en esta Constitución también se añadieron otras disposiciones relevantes en materia de competencia, como que la ley castigaría toda concentración o acaparamiento en pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga como objeto el alza de precios. No obstante, no fue hasta 1992 cuando por primera vez se dio contenido sustantivo a dicha norma constitucional mediante la publicación de la primera Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE de 1992”).²⁶ Esta ley fue resultado de una exigencia de Estados Unidos y Canadá para suscribir el Tratado de Libre Comercio de América del Norte con México (NAFTA, por sus siglas en inglés).

La LFCE de 1992 logró, de una forma encomiable, recoger el derecho antimonopolios de Estados Unidos y codificar los principales criterios para determinar la existencia de conductas anticompetitivas –cárteles económicos y

²⁵ Incluso el debate en Estados Unidos ha vuelto a surgir, cuestionándose el estándar del bienestar del consumidor y el enfoque en eficiencias. Esto ante la creciente importancia de las grandes empresas de tecnología (ver artículo de CeCo de M. Jacobs “[La Declaración de Utah y el simposio ‘Los nuevos locos años 20’: la agenda progresista de las leyes antitrust](#)”).

²⁶ Véase en el sitio oficial de la Cámara de Diputados, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lfce.htm>

abuso de poder de mercado. A estas conductas se les denominó, bajo la legislación mexicana, como “prácticas monopólicas absolutas” y “prácticas monopólicas relativas”, respectivamente. Además, la LFCE de 1992 adoptó también el sistema de control de concentraciones, como un mecanismo de regulación *ex ante* para revisar y autorizar aquellas operaciones con potencial de generar efectos anticompetitivos (de forma similar a la Clayton Act). Posteriormente, mediante una reforma legislativa en 2011, también se estableció la posibilidad de reclamar la responsabilidad civil por daños derivados de conductas anticompetitivas.²⁷ Sin embargo, este mecanismo no ha funcionado en México por diversas razones estructurales de nuestro sistema jurídico.²⁸

El texto de la actual Constitución de México prohíbe la existencia de monopolios, con excepciones para monopolios estatales en ciertos mercados. En ese contexto, su origen pudo haber seguido un razonamiento similar al del ministro Brandeis, pues se enfoca en prohibir la concentración del poder económico, sin importar que en algunos mercados puede ser más eficiente que exista un monopolio o un número reducido de oferentes.²⁹ Sin embargo, ni la LFCE de 1992 ni la LFCE de 2014 vigente retomaron dichas ideas, pues únicamente son sancionables las conductas que se consideran anticompetitivas, pero en ningún caso se sanciona a una empresa por su tamaño, como pudiera ser un monopolio.³⁰ Para determinar si una conducta es anticompetitiva bajo dichas leyes se sigue la regla de la razón (*rule of reason*). Este es un criterio de escrutinio judicial desarrollado a lo largo de diversos precedentes judiciales en Estados Unidos mediante el cual se otorga a un imputado la posibilidad de demostrar que su conducta conlleva la transmisión de eficiencias que disfruta el consumidor final, i.e., que sus efectos pro-competitivos superan sus efectos anticompetitivos y que benefician al consumidor final.³¹ Esto se explica porque, al final del siglo XX, cuando se promulgó la primera ley antimonopolios en México (1992), la influencia de la Escuela de Chicago ya era dominante en Estados Unidos, generándose una posible inconsistencia entre las leyes antimonopolios y el texto constitucional.

Durante la vigencia de la LFCE de 1992 la entonces autoridad antimonopolios, llamada “Comisión Federal de Competencia” (COFECO) intentó en múltiples ocasiones investigar y sancionar conductas anticompetitivas en mercados altamente concentrados, como los de telecomunicaciones y energía. No obstante, un número

27 Véase el artículo 38 de la LFCE de 1992 reformada mediante el DECRETO por el que se reforman y adicionan el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, publicado en el Diario Oficial de la Federación (“DOF”) el 30 de agosto de 2011.

28 En muchos casos, los litigios civiles en México pueden llegar a ser poco efectivos pues un demandado tiene la posibilidad de prolongarlos significativamente mediante la presentación de una serie de recursos procesales, excepciones y apelaciones que le permiten que la resolución del asunto tome años. Esto implica un costo alto y desincentivo para quien intenta iniciar una acción. En materia de competencia económica, un consumidor afectado por una conducta anticompetitiva enfrentaría, por definición, a empresas con alta capacidad económica, lo cual reduce fuertemente su incentivo a intentar obtener una compensación por el daño sufrido, sabiendo que posiblemente su contraparte cuenta con recursos para enfrentar un litigio por un tiempo importante. Estas mismas dificultades para la resolución de un litigio las enfrentaría un demandante para obtener la información de la parte demandada que sea necesaria para sustentar su teoría de daño.

29 Por ejemplo, los monopolios naturales se caracterizan por exhibir fuertes economías de escala, lo cual implica que las empresas reducen sus costos al incrementar su producción hasta alcanzar el nivel de producción que minimice sus costos, i.e., la escala mínima eficiente. En los monopolios naturales la escala mínima eficiente se alcanza cuando se produce por encima de la mitad del mercado, por lo que la existencia de múltiples competidores sería ineficiente.

30 Alternativamente se podría argumentar que la Constitución mexicana no tiene intención de prohibir de forma absoluta los monopolios, sino solo aquellas conductas que afecten el funcionamiento eficiente de los mercados, ya que el texto del artículo 28 de la Constitución prohíbe los monopolios “[...] *en los términos y condiciones que fijen las leyes*”. De esta manera, se podría argumentar que la Constitución delegó en el legislador federal la capacidad de determinar cuáles son aquellas estructuras de mercado proclives a generar efectos anticompetitivos y regularlas. En ese contexto, tanto la LFCE de 1992 como la LFCE de 2014 señalan que tienen como objetivo, entre otros, prevenir y eliminar los monopolios y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados. Adicionalmente, dichas leyes en ningún caso establecen sanciones u otorgan facultades a las autoridades para actuar en contra de determinadas estructuras de mercado, sino que se enfocan en determinar si una conducta es anticompetitiva o no y, en función, de ello se determina su legalidad.

31 El análisis de los carteles económicos no sigue la regla de la razón ya que, por decisión de política pública, esas conductas están prohibidas categóricamente (i.e., *per se*) al considerarse que es altamente improbable que puedan tener efectos pro-competitivos en los mercados. No obstante, los carteles se deben distinguir de los acuerdos de colaboración entre competidores, estando estos relacionados a una colaboración productiva de negocios (a diferencia de empresas/negocios no relacionados), pudiendo ser sometidos a un análisis de eficiencias para determinar su legalidad (conforme a la regla de la razón).

importante de estos esfuerzos fueron frenados en el poder judicial.³² Por ello, al final del día, las principales empresas dominantes en esos mercados lograron mantener su posición en el mercado.

III. LAS LIMITACIONES DEL DERECHO ANTIMONOPOLIOS

Es bajo este contexto que, en 2013, bajo la administración del Presidente Enrique Peña Nieto, se llevaron a cabo reformas, entre otros, a los artículos 25, 27 y 28 Constitucionales para lograr una mayor liberalización económica y alcanzar un mayor grado de competencia en diversos sectores clave de la economía mexicana, incluyendo en mercados de telecomunicaciones y energía.³³ Estas reformas establecieron diversas herramientas regulatorias en materia de competencia económica, adicionales al derecho antimonopolios, para mejorar las condiciones de competencia de estos mercados, como obligaciones de acceso abierto, no discriminación, regulación de tarifas e incluso regulación asimétrica a empresas con poder de mercado.

Como parte de este paquete de reformas en materia de competencia económica, el derecho antimonopolios también fue fortalecido con la creación de la COFECE como un órgano constitucionalmente autónomo. Esta autonomía implicó una total independencia del resto de los poderes del Estado (incluyendo del Ejecutivo), la extracción de los procedimientos de investigación y sanción de conductas anticompetitivas del régimen de amparo tradicional (que es el juicio para la revisión de la constitucionalidad de los actos de autoridad que hacía muy lentos los procedimientos de investigación y sanción instruidos por la agencia de competencia), el incremento en el monto de las sanciones por la comisión de conductas anticompetitivas, y la creación de juzgados y tribunales especializados en la materia, entre otros arreglos institucionales.³⁴

Estas reformas constitucionales en materia de competencia deben entenderse como un reconocimiento por parte de los principales actores políticos del país de que el derecho antimonopolios en México, por sí mismo, no había sido suficiente para corregir estructuras de mercado proclives a conductas anticompetitivas. Por ello, de manera adicional al derecho antimonopolios, se recurrió a una intervención del Estado mucho más agresiva y directa, a través de regulación sectorial. Así, las hoy vigentes Ley de Hidrocarburos y Ley de la Industria Eléctrica encarnan, en gran medida, una reforma en materia de competencia económica en el sector energético.

32 Por ejemplo, en 1997 la extinta COFECO emitió una declaratoria de poder sustancial en cinco mercados en los que participaba Telmex. Ello detonaba la facultad del regulador sectorial en materia de telecomunicaciones, de poder imponerle regulación. Sin embargo, Telmex defendió sus intereses en las cortes y logró que no se le aplicara dicha regulación. Al respecto, véase “El debate de las telecomunicaciones en México. A manera de introducción” en El trimestre económico, disponible en: <https://www.eltrimestreeconomico.com.mx/index.php/te/article/view/154/328>. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de México declaró inválida una sanción de la extinta COFECO en contra de Pemex por atar la venta de gasolinas y diésel a los servicios de traslado de esos mismos combustibles. Al respecto, véase nota de la COFECE disponible en: <https://www.cofece.mx/fallo-de-scjn-no-implica-que-bajo-el-marco-normativo-vigente-pemex-pueda-negar-la-entrada-de-transportistas-a-sus-instalaciones-o-atar-la-venta-de-sus-combustibles-a-la-contratacion-de-cualquier-servi/>

33 Véase el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, así como el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, publicados en el DOF el 11 de junio de 2013 y el 20 de diciembre de 2013, respectivamente.

34 Con la reforma constitucional de 2013, se crearon dos autoridades administrativas constitucionalmente autónomas en materia de competencia económica. Por un lado, el Instituto Federal de Telecomunicaciones (“IFT”), que es la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones y, por otro, la COFECE, que es la autoridad en la materia en el resto de los sectores económicos del país. Asimismo, mediante dicha reforma se ordenó la creación de juzgados de distrito y tribunales en materia administrativa especializados en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones. Actualmente existen tres juzgados de distrito y dos tribunales especializados en competencia. Estos juzgados se encargan de revisar la constitucionalidad de las resoluciones emitidas por cualquier autoridad administrativa que involucren aspectos relacionados con competencia, mediante juicios de amparo (i.e., el juicio de control de constitucionalidad en México). Ello incluye evidentemente las decisiones de la COFECE y el IFT, pero también de otras autoridades administrativas cuando sus decisiones involucren aspectos relacionados con el proceso de competencia en los mercados, como ha sucedido constantemente con los actos de la Comisión Reguladora de Energía o la Secretaría de Energía (cuando estos han afectado el proceso de competencia en el sector de hidrocarburos o electricidad o, incluso, de la Secretaría de Economía en los procedimientos antidumping). Las sentencias de los juzgados están sujetas a revisión de los tribunales especializados referidos o, en su caso, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Estas soluciones, de carácter regulatorio-sectorial, son entendibles porque el derecho antimonopolios-entendido fundamentalmente como los procedimientos de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y de control de concentraciones, que son el legado del Sherman Act y el Clayton Act de Estados Unidos y que en ese país se les conoce como derecho *antitrust* -enfrenta múltiples problemas prácticos que reducen su efectividad. Por ejemplo, la investigación y sanción de conductas anticompetitivas consiste en un mecanismo correctivo de política pública que implica, primero, identificarla, vencer en un litigio administrativo y constitucional a los imputados y, finalmente, establecer las medidas correctivas adecuadas para reestablecer las condiciones de competencia en un mercado (i.e., remedios conductuales o estructurales). En este contexto, los recursos de las autoridades antimonopolios, como COFECE, suelen ser limitados, lo cual incrementa la dificultad de identificar y sancionar correctamente conductas anticompetitivas. Además, los incentivos para denunciar conductas anticompetitivas por las empresas afectadas son bajos si no confían en la capacidad y oportuna intervención de la autoridad antimonopolios para resolver el problema planteado. Esto es particularmente importante cuando se enfrenta a grandes conglomerados, que tienen la capacidad económica y técnica para hacer frente -con probabilidades de éxito- a una investigación y litigio. Además, la capacidad de la autoridad para dar seguimiento y asegurar el adecuado cumplimiento de medidas correctivas también es limitado.

Por otro lado, la reforma constitucional al derecho antimonopolios de 2013 y su legislación secundaria de 2014, a través de una mezcla de herramientas de investigación muy efectiva, resolvieron algunos de los problemas asociados a la efectividad de las investigaciones de conductas anticompetitivas. Particularmente, las autoridades antimonopolios en México³⁵ tienen la facultad de iniciar una investigación, manteniéndola en secreto durante un periodo inicial, así como la capacidad de realizar visitas de verificación sin dar previo aviso a los investigados durante ese periodo de secrecía. En muchos casos, esa combinación ha sido muy efectiva para detonar los programas de inmunidad y reducción de sanciones que permiten a la autoridad exentar o reducir las sanciones aplicables a las empresas investigadas que, a cambio, otorguen evidencia de la conducta anticompetitiva. Ante el riesgo de enfrentar multas equivalentes de hasta el 10% de los ingresos anuales de los agentes económicos, estos programas han dado un importante impulso a la investigación y sanción de conductas anticompetitivas en México.

IV. REFLEXIONES FINALES Y AGENDA PENDIENTE

Bajo todo este contexto, y volviendo a lo planteado en la introducción de este artículo sobre las críticas de los senadores de la Comisión de Economía, estas son relevantes no solamente porque ellos son los primeros responsables de la política de competencia mexicana, sino también porque ponen todo el peso de dicha política en los hombros de las autoridades administrativas de competencia y, principalmente, de la COFECE. Con ello, pasan por alto que en realidad los problemas de alta concentración económica, falta de competencia en los mercados y otras materias ya señaladas, se deben discutir desde múltiples aristas, considerando la política hacendaria, el régimen de sucesiones³⁶ y evidentemente la política de competencia, incluyendo la regulación sectorial y el derecho antimonopolios, entre otras.

35 Tal como se indicó previamente, la COFECE y el IFT son las dos autoridades antimonopolio en México.

36 Debe existir un reconocimiento y entendimiento por parte de los actores políticos, incluyendo de los legisladores, de que la mayoría de los problemas económicos, incluyendo la alta concentración en los mercados, requieren generalmente de la implementación de una serie de estrategias para su atención. Sería por lo menos ingenuo pensar que la política de competencia, por sí sola, podría solucionar problemas de esa dimensión. La política de competencia se debe acompañar de otras estrategias que permitan generar igualdad de oportunidades para que todos los miembros de una sociedad puedan participar de forma efectiva en los mercados. En este contexto, la política hacendaria y el régimen de sucesiones son herramientas que pueden contribuir a la redistribución de riqueza y, en consecuencia, de oportunidades.

El hecho de que se responsabilice a la principal autoridad antimonopolios de México por la política de competencia del país podría en principio parecer inocuo, pero en realidad puede llegar a tener un efecto muy nocivo en los mercados. Como cualquier otro órgano fiscal, la autoridad antimonopolios tiende a buscar que sus investigaciones terminen en sanciones firmes. Sin embargo, en los mercados económicos es igualmente dañino dejar de sancionar conductas anticompetitivas (error tipo II), como sancionar equivocadamente aquellas conductas que no tienen efectos anticompetitivos (error tipo I), pues en ambos casos se afecta al proceso de competencia debido a que se puede llegar a fomentar conductas dañinas y disuadir conductas beneficiosas para este, en menoscabo del objetivo del derecho antimonopolios.

A pesar de la separación que debe existir entre la autoridad que investiga y aquella que resuelve,³⁷ la COFECE ya ha perdido un asunto en el que se determinó la existencia de comunicaciones entre dichas autoridades.³⁸ Ello refleja que al interior de la institución se pueden llegar a generar incentivos para sancionar. Así, las sanciones impuestas y el tamaño de las multas de COFECE suelen ser indicadores importantes del desempeño de la institución.

En este marco, parece importante que “se quite el peso” de toda la política de competencia económica del país de los hombros de la principal autoridad antimonopolios. Esto, con el fin de que los incentivos a sancionar y el consecuente riesgo de incurrir en errores tipo II (i.e., sanciones a conductas no anticompetitivas) sea reducidos, pues estos son dañinos para los mercados y la innovación. Así, se requiere que el trabajo de COFECE se concentre en discusiones de alto rigor técnico y una constante revisión de su práctica administrativa que pueda traer beneficios importantes al derecho antimonopolios en México, sin necesidad de pasar por el oneroso proceso político que implica realizar reformas a las leyes.³⁹

El derecho antimonopolios de México debe avanzar en otra dirección, buscando esa mezcla de estrategias para lograr la disuasión de conductas anticompetitivas y el fomento de conductas pro-competitivas. El primer paso en este camino es entender el importante rol que juegan los principales actores políticos en este proceso, incluyendo los legisladores.

En este sentido, el reto más inmediato es lograr implementar los litigios civiles en materia de competencia. Por un lado, se podría eliminar la restricción que existe en la LFCE de 2014 para reclamar daños derivados de conductas anticompetitivas, consistente en la exigencia de que la conducta haya sido previamente sancionada por la autoridad antimonopolios, para que recién allí se pueda demandar la responsabilidad civil del infractor (sistema *follow-on*). Si bien existe la preocupación de que los juzgados civiles no tengan la capacidad técnica para resolver estos asuntos, este es un problema cuya solución depende de voluntad política (de los poderes

37 El artículo 28 de la Constitución mexicana establece que, al interior de la COFECE, se debe garantizar la separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación y la que resuelve en los procedimientos seguidos en forma de juicio, i.e., entre la Autoridad Investigadora y el Pleno de la COFECE.

38 Véase la ejecutoria en el amparo en revisión R.A. 9/2020 emitido por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones del 9 de julio de 2020.

39 Por ejemplo, en el caso de las cláusulas de no competencia en los procedimientos de control de concentraciones, ni la LFCE ni COFECE restringen la posibilidad de suscribirlas. No obstante, en los casos en los que el plazo de duración de dichas cláusulas es superior a 3 años, COFECE (en el ejercicio de su práctica administrativa y considerando los incentivos de las partes notificantes de la concentración) revierte inicialmente la carga de la prueba para que sean las partes quienes demuestren que la cláusula no generará efectos anticompetitivos en los mercados. Si el término de la cláusula de no competencia no supera los 3 años, entonces (bajo ciertos criterios respecto de su alcance) COFECE permite generalmente que la operación proceda sin escrutinio adicional. Esto es un claro ejemplo de cómo la práctica administrativa puede moldear de forma importante al derecho antimonopolios. La utilidad de que la práctica administrativa de COFECE se mantenga en constante revisión también se refleja en la relativamente reciente interpretación que hace dicha autoridad de la fracción I del artículo 90 de la LFCE, mediante la cual se permite que las partes que notifican una concentración puedan prorrogar en múltiples ocasiones el plazo para presentar la información requerida por la ley para su admisión a trámite y estudio. Con ello se eliminó un problema recurrente en el que operaciones no eran admitidas a trámite, por no cumplir con las formalidades legales en el plazo original el cual podría ser prorrogado en una sola ocasión. Esta interpretación atiende quizás una de las preocupaciones principales para las partes que notifican una operación de concentración que es la resolución expedita de su trámite.

Ejecutivo y Legislativo), pues en gran medida bastará con destinar recursos para la capacitación de funcionarios públicos. Asimismo, se deberán establecer procedimientos que permitan hacer operativos dichos juicios indemnizatorios, de manera que el juzgador pueda acceder a evidencia suficiente para resolver el asunto sin poner en riesgo su confidencialidad y sin que los demandados tengan la posibilidad de dilatar el procedimiento con el objetivo de retrasar intencionalmente su resolución, entre otras cuestiones procesales. En la medida en que existan otras estrategias paralelas contribuyendo a la disuasión de conductas anticompetitivas, COFECE podrá enfocarse en sectores clave de la economía y de mayor complejidad técnica.

Por otro lado, también se tienen que revisar los sectores económicos que presentan mayores problemas de competencia, como los de servicios aeroportuarios y mercados energéticos, y trabajar en la regulación sectorial, incluyendo pensar en el rediseño institucional de los reguladores sectoriales.

Todo ello está, en primer lugar, en las manos de los legisladores federales, que son quienes cuentan con las facultades para coordinar e impulsar una política de competencia a través de regulación sectorial y promover el avance del derecho antimonopolios al terreno de la responsabilidad civil. El cambio en la administración federal que se llevará a cabo el próximo año en México es una oportunidad para visitar estos temas y volver a organizar la política de competencia desde las propuestas de los principales actores políticos del país.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Imanol Ramírez M., "Reflexiones sobre los 30 años del derecho antimonopolios en México", *Investigaciones CeCo* (noviembre, 2023),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile