

LA AUTORIDAD INVESTIGADORA:

DESAFÍOS DE UNA NUEVA FIGURA EN LA POLÍTICA DE COMPETENCIA MEXICANA

Carlos Mena Labarthe y Ricardo Salgado Perrilliat*

Introducción

Desde la expedición de la primera Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992, con la cual se crea la Comisión Federal de Competencia (CFC), otrora autoridad en materia de competencia; el marco jurídico en materia de competencia económica en nuestro país ha experimentado una serie de reformas encaminadas a fortalecer las atribuciones de la autoridad de competencia, específicamente las funciones de vigilar, promover y garantizar la libre competencia y concurrencia de los mercados. En este sentido, desde la primera reforma a la LFCE en el año 2006, se buscó dotar a la entonces CFC de mayores poderes y facultades para asegurar el cumplimiento de sus objetivos.¹ Sin embargo, este órgano carecía de una estructura legal sólida que le permitiera el ejercicio de sus funciones de manera aún más eficaz y eficiente.

En los siguientes años, se realizaron dos nuevas transformaciones. La reforma de 2011 estuvo principalmente encaminada a crear un esquema más efectivo de sanciones, con el firme objetivo de desincentivar la comisión de conductas anticompetitivas y remediar algunos problemas procedimentales y de organización interna. La segunda, de mayor interés para este artículo, fue la reforma constitucional de 2013, la cual modificó sustancialmente el marco normativo en materia de competencia económica y otorgó al Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) la atribución de ser la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones.

En este nuevo marco constitucional, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y el IFT se constituyen como órganos constitucionales autónomos, independientes en sus decisiones y funcionamiento; y a su vez se dispone que las leyes garantizarán la separación entre la autoridad que investiga y la que resuelve en los procedimientos que se sustancien en forma de juicio. Lo anterior, para asegurar la imparcialidad y el respeto al debido proceso.

Como resultado de la reforma constitucional del 2013 antes enunciada, tanto en la COFECE como en el IFT, para llevar a cabo las tareas de investigación de prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas, se creó la Autoridad Investigadora como un órgano dentro de las

* Titulares de la Autoridad Investigadora en COFECE e IFT respectivamente. El primero de ellos agradece la ayuda recibida de Daniela Barrón y Misael Sandoval por preparar insumos para este trabajo. Las opiniones contenidas en este artículo son a título estrictamente personal.

¹ Se facultó para realizar visitas de verificación e implementar mecanismos de reducción de multas a los agentes, a cambio de que éstos aportaran los elementos suficientes que permitieran comprobar la existencia de la práctica.

autoridades de competencia, la cual se caracteriza por tener autonomía técnica y de gestión en su funcionamiento de acuerdo con lo establecido en la nueva LFCE.² Lo anterior implicó una reasignación estructural de funciones dentro de la COFECE y un cambio de referente en las atribuciones del IFT, dando así cumplimiento a lo dispuesto por el mandato constitucional.

A casi tres años de la reforma constitucional de 2013 y la publicación de la nueva ley en la materia, la Autoridad Investigadora se ha convertido en un punto de referencia en el proceso de transición y ajuste al marco jurídico de competencia económica. En este año y medio, ha ejercido las nuevas atribuciones otorgadas; dicho ejercicio ha representado importantes retos.

Bajo este contexto, en el presente artículo se analizan las implicaciones que ha tenido la reforma constitucional con la creación de la Autoridad Investigadora y los desafíos que esta nueva figura ha enfrentado durante su corta existencia.

La reforma constitucional de 2013 en materia de competencia y telecomunicaciones

1. Primeras normas en materia de competencia

La Constitución de 1857 estableció por primera vez la prohibición de los monopolios y estancos. No obstante, esta prohibición fue reglamentada hasta ciento treinta y cinco años después; en concreto, hasta el 24 de diciembre de 1992, fecha en que se publicó en el Diario Oficial de la Federación la primera LFCE, cuya entrada en vigor fue el 23 de junio de 1993.

Creación de la Comisión Federal de Competencia

Con la entrada en vigor de la LFCE (1993) se crea la CFC como un órgano desconcentrado dentro de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), con autonomía técnica y operativa. Este nuevo órgano se encontraba facultado básicamente para: 1) investigar y sancionar la existencia de prácticas monopólicas absolutas y relativas; 2) revisar las concentraciones, y 3) emitir opiniones no vinculantes sobre leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y actos administrativos.

Como consecuencia del paso evolutivo hacia una política de competencia más sólida en nuestro país, la LFCE experimentó una serie de reformas encaminadas a fortalecer las atribuciones de la entonces CFC.

Desde el inicio, algunos abogados y comentaristas criticaron la estructura de la CFC. Se consideraba que ese órgano tenía ciertos problemas por no encajar en los criterios tradicionales del derecho administrativo mexicano. Adicionalmente, se hacía la crítica de que dicho órgano era al mismo tiempo “juez y parte” dado el involucramiento de los comisionados en las investigaciones de las prácticas monopólicas y las concentraciones ilícitas.

² Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014.

Reforma legal de 2006

Permitió cumplir dos objetivos principales: (1) suplir aquellas deficiencias que el Poder Judicial hubiera determinado como inconstitucionalidades, y (2) dotar a la Comisión de mayores facultades de actuación. Para ello, la entonces CFC adquirió nuevas atribuciones destinadas a fortalecer sus facultades de investigación para la oportuna detección de prácticas monopólicas, como la posibilidad de realizar visitas de verificación encaminadas a conseguir información relacionada con las prácticas investigadas.

Adicionalmente, la incorporación del programa de inmunidad abrió la puerta a los agentes económicos para reconocer violaciones a la ley en casos de prácticas monopólicas absolutas y acogerse al beneficio de la reducción de las sanciones. Este mecanismo buscó incentivar a los miembros de un cártel para que proporcionaran información que de otra manera sería difícil obtener.

A pesar de sus nuevas atribuciones, éstas tuvieron un alcance limitado debido, principalmente, a la falta de autonomía de la CFC. Si bien desde la LFCE de 1992 se concibió a la Comisión como un órgano con autonomía técnica, lo cierto es que la estructura legal de aquella época podría permitir la injerencia de otros poderes para el ejercicio de sus funciones y se generaban importantes tensiones en este órgano al igual que sucedía en la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL).

Por lo anterior, en 2006, el Procurador General de la República promovió una acción de inconstitucionalidad³ en la que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó que la CFC era un órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía con facultades específicas para cumplir los objetivos de la ley encomendados, y consideró la improcedencia de la autorización judicial para llevar a cabo las visitas de verificación. El sentido de esta resolución y otros pendientes evidenciados durante la aplicación de la ley de competencia de 2006, hicieron necesaria una nueva reforma.

Reforma legal de 2011

La reforma de 2011 trajo cambios sustanciales en los procedimientos de la LFCE; toda vez que introdujo un esquema de sanciones más apegado a las mejores prácticas internacionales, con la finalidad de desincentivar la comisión de las conductas anticompetitivas,⁴ un fortalecimiento institucional de la CFC, así como mejoras en materia de transparencia y debido proceso.

En esta reforma se aseguró mayor independencia de las áreas de investigación y un mayor rigor en los nombramientos al interior de la institución dada la relevancia de las direcciones de investigaciones.

³ México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 33/2006 promovida por el Procurador General de la República, resuelta el 10 de mayo de 2007 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de julio de 2007.

⁴ La reforma de 2011 estuvo orientada a reforzar las facultades de la entonces CFC. En ese sentido, se criminalizó por primera vez la comisión de prácticas monopólicas absolutas en el Código Penal de la Federación. De igual forma, se aumentaron las sanciones previstas en la Ley Federal de Competencia Económica; se facultó a la Comisión para realizar visitas de verificación sorpresas, y se clarificaron algunos aspectos de la LFCE, entre otros.

2. *La reforma constitucional de 2013*

Pese a los enormes avances conseguidos con las reformas anteriores, para 2013 aún existían grandes pendientes en la efectividad de la política de competencia. La concentración de los mercados, la baja competitividad de los mismos, y la importancia de la competencia para atraer la inversión fueron algunas de las principales razones que llevaron a realizar una nueva reforma constitucional y legal que introdujera un nuevo andamiaje institucional con un reacomodo de facultades y poderes en la regulación pro mercado.

En este contexto, la reforma constitucional de competencia y telecomunicaciones se promulgó el 10 de junio de 2013 y fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 11 del mismo mes y año, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

Esta reforma estuvo orientada principalmente a: 1) crear una nueva agencia nacional en materia de competencia económica y una agencia para regular telecomunicaciones y radiodifusión con autonomía e independencia constitucional; 2) fortalecer a la COFECE y al IFT a través de nuevas facultades; 3) establecer una clara separación de las áreas de investigación frente al órgano que resuelve, y 4) garantizar el profesionalismo y la independencia de la COFECE y el IFT. Estos temas serán detallados a continuación.

Creación de nuevas agencias autónomas

El artículo 28 estableció que el Estado contaría con una COFECE que tendría por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, prácticas monopólicas, concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados. También se estableció la creación del IFT, el cual tendría por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones; teniendo a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales. Asimismo, el citado Instituto sería autoridad única en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones.⁵

Es por ello que en esta reforma se otorga por primera vez el nivel de órganos constitucionalmente autónomos, con personalidad jurídica y patrimonio propios, tanto a la COFECE como al IFT. Dichos órganos ahora son independientes en sus decisiones y funcionamiento, profesionales en su desempeño e imparciales en sus actuaciones, y ejercen su presupuesto de forma autónoma.

Del mismo modo, emiten su propio estatuto orgánico y disposiciones administrativas de carácter general. Esta facultad generó un nuevo orden de interacción con los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, a la vez que su relación con otros órganos reguladores fue

⁵ En concreto, el citado artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el IFT “regulará de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia; impondrá límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, al concesionamiento y a la propiedad cruzada que controle varios medios de comunicación que sean concesionarios de radiodifusión y telecomunicaciones que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica, y ordenará la desincorporación de activos, derechos o partes necesarias para asegurar el cumplimiento de estos límites, garantizando lo dispuesto en los artículos 6o. y 7o”. de la Carta Magna.

replanteada al permitir el diálogo con el ente coordinador de los sectores regulados. Lo anterior, con el fin de evitar posibles problemas de competencia.

Creación de la Autoridad Investigadora

La autonomía de las nuevas agencias de competencia (COFECE e IFT) frente a otros poderes hizo necesario un incremento de obligaciones y “candados” que mantuvieran en equilibrio en el desempeño de estos organismos frente a la ciudadanía; e, incluso, otras autoridades. De ahí que también a nivel constitucional se previera la obligación del legislador de garantizar la separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación de prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas y la que resuelve los procedimientos seguidos en forma de juicio. Con ello, el órgano constituyente trató de resolver aquellas viejas críticas realizadas a la otrora CFC referentes a que el mismo órgano era juez y parte.⁶

En este orden de ideas, la reforma constitucional dio lugar a la creación de la Autoridad Investigadora, la cual constituye una figura *sui generis*, frente al diseño institucional de otros países. Al respecto, es importante precisar que a nivel internacional se conocen dos modelos: (1) el de fiscal-tribunal, y (2) el de agencia con poderes de investigación y adjudicación dentro de un mismo cuerpo técnico.

En el primer modelo, existe una agencia de competencia que investiga y recurre a un Tribunal, que puede ser especializado o no, para que juzgue la conducta. Ejemplos de este modelo son: Chile, Estados Unidos (en algunos casos), Canadá y Sudáfrica. Por su parte, el modelo de agencia con poderes de adjudicación supone la existencia de una misma agencia administrativa que investiga y juzga los casos, determinando las multas y sanciones que en su caso correspondan. Algunos países que funcionan bajo este esquema son los que conforman la Unión Europea, Japón, China, Perú y Estados Unidos.⁷

Como se puede ver, el caso mexicano es un híbrido de ambos modelos, pues la Autoridad Investigadora es un órgano con autonomía técnica y de gestión en su funcionamiento y resoluciones frente al Pleno de la COFECE y del IFT. De esta manera se garantiza la independencia en la etapa de investigación y se distingue entre el órgano investigador y el órgano que resuelve, dentro de la misma agencia. Ésta es una gran distinción frente al resto de las agencias de competencia económica a nivel mundial con poderes de adjudicación, ya que éstas suponen que un mismo órgano investigue y resuelva.

Lo anterior pretende promover un sistema de pesos y contrapesos en cada una de las etapas del procedimiento, permitiendo que cada órgano se maneje con independencia e

⁶ No obstante, esta cuestión ya había sido resuelta desde la legislación de 2011, pues durante el amparo en revisión 554/2011, la Segunda Sala de la SCJN estimó que: “*la resolución de la Cofeco no violenta el principio de imparcialidad, ya que al dictarla ella no funge como juez y parte, pues las facultades otorgadas a la Comisión durante la fase de investigación no son de orden jurisdiccional, sino únicamente administrativas, encaminadas a substanciar una etapa de investigación, anterior al procedimiento decisorio, en forma de juicio, ante la misma Comisión*”. Lo anterior se fue confirmado por el Tribunal en Pleno al resolver el amparo en revisión 1705/2003 en sesión del veinticinco de noviembre de dos mil tres, y el amparo en revisión 2589/96, donde sostuvo que la Facultad de la CFC prevista en el artículo 31 de la LFCE, era autónoma e independiente del procedimiento contencioso ante la misma comisión.

⁷ Eleanor M. Fox y Michael J. Trebilcock, *The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project*, New York University Law and Economics Working Papers, Paper 304, New York, 2012, p. 9. Visible en http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/304

imparcialidad en sus decisiones. De igual forma, garantiza que las investigaciones sean objetivas e imparciales y que a su vez la decisión del Pleno de los órganos reguladores en materia de competencia no se encuentre contaminada por decisiones previas, al iniciar o no investigaciones o de haber determinado líneas de investigación o actuaciones dentro de dicha etapa.

1. Atribuciones de la Autoridad Investigadora

La nueva LFCE, publicada en el DOF el 23 de mayo de 2014, abrogó la LFCE de 1992, y dotó a la Autoridad Investigadora de una serie de atribuciones previstas en favor de la COFECE y el IFT en la reforma constitucional de 2013. Estas facultades están encaminadas a garantizar el eficaz desempeño de sus funciones, sin dejar de observar las reglas de debido proceso en favor de todos los gobernados.

Para ello, la Autoridad Investigadora fue dotada de las denominadas “facultades incrementales”, a saber: 1) ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; 2) determinar la existencia de insumos esenciales y emitir lineamientos para regular su acceso, y 3) ordenar la desincorporación o enajenación de activos, derechos, partes sociales o acciones de agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar los efectos anticompetitivos, a través de un nuevo procedimiento especial de investigación establecido en el artículo 94 de la ley.⁸

Adicionalmente, se agregaron dos nuevas prácticas monopólicas relativas: 1) la denegación o discriminación de acceso a insumos esenciales, y 2) el estrechamiento de márgenes. En el artículo 60 de la LFCE se establecieron los elementos a considerar por la COFECE y el IFT para la determinación de insumos esenciales. La misma ley también estableció que el intercambio de información con el objeto o efecto de fijar precios, restringir la oferta, asignarse mercados y manipular licitaciones, es considerado como una práctica monopólica absoluta. Hay que recordar que bajo la legislación anterior que aplicaba la CFC, el intercambio de información sólo podía ser considerado anticompetitivo cuando facilitara la fijación de precios.

Estas atribuciones fueron concedidas a la COFECE y al IFT con la finalidad de robustecer sus facultades de investigación y asegurar que la sustanciación de sus procedimientos se realizara de la manera más eficiente. No obstante, algunas de sus nuevas facultades le permiten tener un objetivo aún más ambicioso, al dotarla con herramientas que la facultan para incidir en el adecuado funcionamiento de los mercados de manera preventiva, según se detallará más adelante.

Por lo pronto, basta decir que la COFECE y el IFT fueron igualmente fortalecidos a partir del robustecimiento del esquema de sanciones aplicables por el Pleno de dichas agencias de competencia, las cuales buscan incrementar el efecto disuasivo de la comisión de la práctica

⁸ El nuevo procedimiento especial de investigación, es una herramienta no tradicional de competencia que permite evaluar integralmente la regulación, las conductas de los agentes económicos y la estructura del mercado analizado. Por tanto, las medidas remediales propuestas por la Autoridad Investigadora a través del Pleno de la COFECE, tienen un alcance más amplio que las disponibles para las prácticas monopólicas. Varias jurisdicciones cuentan con la facultad de llevar a cabo este tipo de procedimientos, como es el caso de Reino Unido, Australia e Islandia, entre otros.

o, en su caso, la cooperación de los agentes involucrados en una práctica anticompetitiva durante una investigación.

Para ello, se incrementó la sanción penal mínima por la comisión de prácticas monopólicas absolutas, y se criminalizó la obstrucción en las diligencias de verificación de la Autoridad Investigadora. Además, se estableció la inhabilitación para ejercer como consejero, administrador, director, gerente, directivo, ejecutivo, agente, representante o apoderado en una persona moral hasta por un plazo de 5 años, por la comisión de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas.

En este sentido, el Estatuto Orgánico de la COFECE, vigente a partir del 8 de julio de 2014, establece que la Autoridad Investigadora es la encargada de iniciar, sustanciar, turnar, coordinar y supervisar las investigaciones establecidas en la LFCE, y es parte en el procedimiento seguido en forma de juicio, lo cual es replicado para la Autoridad Investigadora del IFT, en el Estatuto Orgánico que entró en vigor el 26 de septiembre de 2014. Por tanto, las Autoridades Investigadoras de cada órgano regulador deberán proporcionar al Presidente y al Pleno de sus instituciones la información necesaria para la realización de los programas anuales de trabajo, informes de actividades y la demás información que le sea requerida para el eficaz cumplimiento del objeto de la COFECE y del IFT, sin que en ningún caso deban revelar la estrategia o líneas de investigación de las investigaciones en curso.

Los primeros pasos de la Autoridad Investigadora

1. Autoridad Investigadora de la COFECE

La reforma constitucional de 2013 y la nueva LFCE implicaron para la Autoridad Investigadora tener un nuevo marco normativo de actuación y al mismo tiempo, continuar analizando y resolviendo un gran número de asuntos relacionados con procedimientos que iniciaron previo a la reforma constitucional.

Sanciones y compromisos

A pesar de la corta existencia de la Autoridad Investigadora, ésta ya cuenta con antecedentes de sanciones a prácticas monopólicas, como la relativa al mercado de autotransporte de pasajeros en el estado de Chiapas.⁹ En la investigación se encontró evidencia de acuerdos entre transportistas para fijar el precio de venta y restringir el servicio, prácticas que actualizan el artículo 9º, fracción I¹⁰ y II,¹¹ de la previa LFCE. Al acreditarse las prácticas, el Pleno de la COFECE estableció multas por un total de 27 millones 276 mil pesos a los transportistas participantes.

⁹ Expediente IO-004-2012, resuelto el 25 de junio de 2015.

¹⁰ La conducta consiste en: Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.

¹¹ La conducta consiste en: Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios.

En otra de la investigación, iniciada el 6 de marzo de 2014, la COFECE impuso sanciones por 25 millones 694 mil pesos a Alsea, S.A.B. de C.V. y por 2 millones 982 mil pesos a Grupo Axo, S.A.P.I. de C.V., al acreditar su responsabilidad por omitir notificar la concentración antes de llevarla a cabo. La Autoridad Investigadora acreditó que la concentración de estos agentes económicos rebasaba los umbrales establecidos en la fracción III del artículo 20 de la LFCE vigente al momento de realizar la operación, generando la obligación de su notificación.¹²

En esta etapa de transición al nuevo diseño institucional, la Autoridad Investigadora ha concluido diversos procedimientos de investigación dictaminando la posible existencia de prácticas monopólicas; por ejemplo, la investigación relacionada con: i) el mercado de acceso en el aeropuerto de la Ciudad de México de los servicios de taxi;¹³ ii) el mercado de azúcar en el territorio nacional;¹⁴ iii) los servicios de transporte marítimo de pasajeros en el estado de Quintana Roo;¹⁵ iv) el mercado de compresores para aire acondicionado de automóviles en el territorio nacional,¹⁶ y v) los servicios de grúas para vehículos en el estado de Guerrero.¹⁷ No obstante, estas investigaciones se encuentran sujetas al procedimiento seguido en forma de juicio y será el Pleno de la COFECE quien determine la existencia, y en su caso, la sanción por la comisión de prácticas monopólicas.

Por otro lado, la Autoridad Investigadora ha publicado el inicio de nuevas investigaciones en diversos mercados, incluidos los tres primeros procedimientos bajo el amparo de las nuevas facultades conferidas por la reforma constitucional, específicamente, el artículo 94 de la LFCE.

Primeras investigaciones de mercado

La primera investigación se inició para la determinación de insumos esenciales en el mercado de la provisión de los servicios de transporte aéreo que utilizan el aeropuerto de la Ciudad de México para sus procedimientos de aterrizaje y/o despegue.¹⁸ La Autoridad Investigadora emitió el dictamen preliminar el 19 de febrero de 2016, el cual incluyó un conjunto de medidas correctivas para resolver los problemas de competencia existentes. Estas medidas podrán ser objetadas por los agentes económicos que demuestren tener interés jurídico en el asunto, quienes podrán ofrecer las pruebas y alegatos que estimen pertinentes, e incluso una propuesta de medidas remediales, a fin de que el Pleno de la Comisión pueda emitir la resolución correspondiente.

Por otro lado, la Autoridad Investigadora ha iniciado otras dos investigaciones para determinar la probable existencia de barreras a la competencia y libre competencia. La primera de ellas en el mercado del servicio público de transporte de carga en general, en el

¹² Expediente IO-001-2014, resuelto el 15 de octubre de 2015.

¹³ Expediente DE-015-2013

¹⁴ Expediente IO-006-2013

¹⁵ Expediente DE-002-2013

¹⁶ Expediente IO-001-2013

¹⁷ Expediente DE-023-2013

¹⁸ Expediente IEBC-001-2015, con Acuerdo de Inicio publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de febrero de 2015.

estado de Sinaloa¹⁹ y la segunda, en el mercado de semilla y grano de cebada maltera para la producción de cerveza.²⁰

El ejercicio de las nuevas facultades representa una gran responsabilidad para la Autoridad Investigadora. Lo anterior, debido a que en el marco de un nuevo arreglo institucional deberá dar cumplimiento a las obligaciones que le confiere la LFCE para salvaguardar las condiciones de competencia en los mercados. No obstante, al encontrarse en una etapa de transición al nuevo diseño institucional y al no existir precedentes de actuación, tanto en la etapa de investigación, como en los tribunales especializados y en las resoluciones del Pleno, deberá actuar con independencia en la toma de decisiones para asegurar que el procedimiento de investigación sea transparente, genere certeza, imparcialidad y celeridad.

Todo esto ha representado, y seguirá representando, un enorme reto de ajuste organizacional, manejo de expectativas y generación de capacidades humanas, dentro y fuera de la Autoridad Investigadora.

Hasta el momento, los resultados son pocos pero los pasos parecen ir en el sentido correcto. Como resultado de este esfuerzo; al efecto, basta observar los resultados alcanzados en la evaluación anual del *Global Competition Review* correspondiente al ejercicio 2014 y 2015, donde la COFECE obtuvo 3 estrellas, equivalente a “bueno”.²¹ Más aún, en el índice de Competitividad Global (WEF, por sus siglas en inglés), México obtuvo una sorprendente mejoría, al subir en 37 posiciones su lugar en la política antimonopolio, pasando así a ocupar el lugar 67, de 140 países evaluados.

Retos de la Autoridad Investigadora

1. Arreglo institucional

Las nuevas facultades conferidas a la Autoridad Investigadora de los órganos competentes en temas de competencia económica garantizan investigaciones independientes y evitan que el Pleno prejuzgue sobre las mismas. A partir de lo anterior, el nuevo arreglo institucional busca garantizar que las decisiones que adopten los órganos reguladores sean objetivas e imparciales.

En el caso de la Autoridad Investigadora de la COFECE, ha implementado los cambios establecidos por la reforma constitucional, constituyendo una etapa de transición que le permitirá responder al diseño del nuevo sistema de competencia. Dentro de esta etapa de transición y para estar a la altura de las expectativas de la sociedad, la Autoridad Investigadora ha publicado un conjunto de guías con el objetivo de incrementar la eficiencia de las investigaciones y crear certeza entre los agentes económicos. Las guías que se encuentran publicadas en la página de internet de la COFECE, en los que la Autoridad

¹⁹ Expediente IEBC-002-2015, con Acuerdo de Inicio publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de junio de 2015.

²⁰ Expediente IEBC-001-2016, con Acuerdo de Inicio publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 2016.

²¹ De conformidad con el GCR, el número de estrellas corresponde a la siguiente clasificación: 5 estrellas equivale a agencias elite como Francia, Alemania y Estados Unidos; 4 estrellas equivale a muy bien, en esta categoría se encuentra la Unión Europea, Australia, Brasil y Reino Unido; 3 estrellas equivale a bien, con países como Canadá, Grecia, Italia y Chile; 2 estrellas= suficiente, con países como Bélgica, Irlanda, y Dinamarca.

Investigadora ha participado mediante la presentación de los proyectos al Pleno, permiten orientar a los agentes económicos respecto de los siguientes temas:

- La forma que la Autoridad Investigadora inicia, realiza y desahoga un procedimiento de investigación, así como en la metodología, criterios y preceptos que sigue.²²
- La forma en que se inician las investigaciones por prácticas monopólicas.²³
- Solicitud y beneficios del Programa de Inmunidad y reducción de sanciones.
- Solicitud y beneficios del Procedimiento de dispensa y reducción del importe de multas.²⁴
- Los elementos que la Autoridad Investigadora considerará al evaluar los intercambios de información realizados entre agentes económicos.²⁵

En la medida en que las guías generen certeza a los agentes económicos y los servidores públicos se involucren y especialicen en la materia de competencia económica, se garantiza la eficacia en el diseño del nuevo sistema de competencia, permitiendo el éxito del arreglo institucional.

Por otro lado, la Autoridad Investigadora del IFT ha iniciado una etapa en la cual busca integrar su conocimiento especializado en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, con conocimiento en materia de competencia económica. La Autoridad Investigadora, se convierte así, en el regulador del nuevo marco pro-competitivo para los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones.

Las nuevas facultades conferidas a la Autoridad Investigadora del IFT, por tanto, permiten que los agentes económicos en esos sectores, tengan la certeza de que la LFCE será aplicada exclusivamente por una autoridad especializada, reduciendo así, la probabilidad de generar distorsiones al mercado, principalmente porque el proceso de investigación es más ágil al ser el propio órgano el que genera la mayor parte de la información utilizada para sustanciar el procedimiento.

2. Aplicación de facultades en la detección de cárteles y abuso de dominancia

La creciente globalización de las actividades productivas trae consigo la consolidación de empresas transnacionales y, al mismo tiempo, un incremento de los retos que deben hacer frente las agencias de competencia para investigar oportuna y eficazmente los cárteles internacionales. En estos cárteles, las empresas cometen actos de colusión en el extranjero con repercusiones directas e indirectas en diferentes jurisdicciones, lo que demanda que diferentes agencias de competencia actúen en consecuencia.

Como se presentó en el apartado previo, la Autoridad Investigadora de la COFECE ya ha tenido experiencias en la detección e investigación de cárteles internacionales; sin embargo,

²² Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas, aprobada por el Pleno el 18 de junio de 2015 y Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas absolutas, aprobada por el Pleno el 10 de diciembre de 2015.

²³ Guía para el inicio de investigaciones por prácticas monopólicas, aprobada por el Pleno el 18 de junio de 2015.

²⁴ Guía del programa de inmunidad y reducción de sanciones, aprobada por el Pleno el 25 de junio de 2015 y Guía de los procedimientos de dispensa y reducción del importe de multas, aprobada por el Pleno el 26 de noviembre de 2015.

²⁵ Guía para el intercambio de información entre agentes económicos, aprobada por el Pleno el 10 de diciembre de 2015.

no en todos los casos las investigaciones, que fueron iniciadas principalmente bajo el programa de inmunidad, han permitido los resultados esperados. De acuerdo con la experiencia adquirida, para tener mayor eficacia en las herramientas de investigación y éxito en las investigaciones, resulta necesario mejorar la cooperación internacional entre agencias de competencia.

En este sentido, la cooperación internacional entre agencias juega un papel importante para la detección y sanción de cárteles, al permitir advertir a otras jurisdicciones de posibles efectos del cártel y poder hacer uso de herramientas de investigación, a pesar de la distancia y limitación de recursos. Con ello, se asegura el éxito de la investigación y se adquiere un mayor aprendizaje de la experiencia de otras jurisdicciones, en sectores o conductas donde aún es limitada la actuación de la Autoridad Investigadora.

Uno de los nuevos campos que aún no se han explorado se encuentra relacionado con la detección y sanción de cárteles, donde se intercambia información con alguno de los objetos y efectos a que se refieren las fracciones del artículo 53 de la vigente LFCE. El intercambio de información entre competidores (directos o indirectos) a menudo son pro-competitivos; sin embargo, el principal problema desde el punto de vista de la competencia es que esto puede aumentar artificialmente la transparencia en el mercado, permitiendo estrategias de coordinación, sin necesidad de concluir acuerdos de fijación de precios y otras conductas monopólicas.

3. Aplicación de las nuevas facultades para realizar investigaciones de mercado

Como se mencionó anteriormente, la Autoridad Investigadora de la COFECE inició en 2015 la primera investigación para determinar la existencia de insumos esenciales (en términos del artículo 94 de la LFCE). Como resultado de dicha investigación, el Pleno de la COFECE deberá proponer al órgano regulador del sector correspondiente una serie de medidas correctivas para mejorar el acceso al probable insumo esencial encontrado y eliminar los efectos anticompetitivos en el mercado investigado.

El reto en este tipo de investigación fue, y sigue siendo, conducir el procedimiento bajo los principios establecidos y en los plazos breves que determina la LFCE. Aunado a ello, la Autoridad Investigadora deberá ajustarse a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en cada una de sus actuaciones, con la intención de asegurar el máximo provecho la nueva facultad.

4. Coordinación entre el IFT y la COFECE

De acuerdo con la LFCE, en el momento en que alguno de los órganos, la COFECE o el IFT, tenga información de que el otro conoce de un asunto que a aquél le corresponda, le solicitará la remisión del expediente respectivo.²⁶ Si el órgano solicitado estima no ser competente deberá remitir el expediente, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la solicitud. Por el contrario, si considera que lo es, en igual plazo hará saber su resolución al órgano solicitante, en cuyo caso suspenderá el procedimiento y remitirá el expediente al Tribunal

²⁶ Artículo 5 de la LFCE.

Colegiado de Circuito especializado en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones, quien fijará la competencia en un plazo de diez días.

En el mismo sentido, la LFCE prevé que en el caso de que alguna de las Autoridades Investigadoras de la COFECE o del IFT, conozca de un asunto respecto del cual estime carecer de competencia para conocerlo, enviará dentro de los cinco días siguientes el expediente respectivo al otro órgano. Si éste acepta la competencia, se avocará al conocimiento; en caso contrario, dentro de los cinco días siguientes comunicará su resolución al órgano que declinó la competencia y remitirá los autos al Tribunal Colegiado de Circuito especializado en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones para que dentro del plazo de diez días fije la competencia.²⁷

El sistema previsto en la LFCE para solucionar los temas en los que se estime que uno de los órganos tiene plena competencia o incompetencia, sobre un asunto, ha sido utilizado en los primeros casos donde la Autoridad de Competencia del IFT ha intervenido. El reto sobre coordinación y distribución de facultades entre ambas autoridades parece irse aclarando a partir de los criterios establecidos por el propio Tribunal. Por ejemplo, en el asunto C.C.A. 2/2015,²⁸ estimó que:

[...] el sector de telecomunicaciones no solo comprende el funcionamiento de las redes, ni la prestación final del servicio a los usuarios, sino que también comprende, entre otros elementos, a la infraestructura (activa y pasiva), los insumos esenciales, los equipos que se conectan a las redes y las condiciones tecnológicas necesarias para la prestación del servicio (verbigracia, interconexión e interoperabilidad de redes).

Y es que, tratándose específicamente de redes de telecomunicaciones, el estudio de competencia económica correspondiente no puede realizarse de manera segmentada en razón de las diversas fases del proceso productivo que conllevan, primero, la construcción y, después, la operación de dichas redes, ya que ello implicaría soslayar la íntima relación que guardan entre sí y el grado de influencia y/o dependencia que el desarrollo tecnológico de una fase genera en otra.

No obstante lo anterior, dada la naturaleza de las funciones de ambos órganos, será de gran utilidad que ambas instituciones mantengan un canal de comunicación que facilite la cooperación e intercambio de experiencias, que fortalezcan el buen desempeño de ambas instituciones.

Seguramente derivado de la convergencia tecnológica, será muy importante que en materia de contenidos y plataformas, ambas autoridades se coordinen y delimiten las atribuciones de las mismas.

²⁷ Ídem

²⁸ México, Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción en toda la República, 8 de octubre de 2015.

Conclusiones

En el 2013, producto de la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y competencia económica, nacieron las Autoridades Investigadoras de la COFECE y del IFT como dos nuevos órganos especializados en la investigación de prácticas anticompetitivas, así como en la detección de barreras a la competencia e insumos esenciales; permitiendo así el fortalecimiento de las facultades de los órganos reguladores en materia de competencia. La independencia en la toma de decisiones del órgano investigador en la COFECE y en el IFT han dotado a los procedimientos de investigación de mayor transparencia, certeza, imparcialidad y celeridad.

Estas nuevas características promueven que cada día sea mayor el número de agentes económicos que confían en la eficacia de las investigaciones de la COFECE y el recientemente creado IFT, generando así un fuerte efecto disuasivo en los agentes económicos. Muestra de ello es el aumento en el acercamiento de particulares con la Autoridad Investigadora de la COFECE para adherirse al programa de inmunidad. Tan sólo en 2015, se recibieron 18 solicitudes de inmunidad, mientras que en 2014 se recibieron sólo 6.

Como resultado de este esfuerzo, puede decirse que México está experimentando una nueva era en su política de competencia, marcada por un periodo de transición y ajuste, en el que uno de los retos es consolidar el nuevo arreglo institucional creado con la reforma constitucional de 2013.

Para ello, la Autoridad Investigadora de la COFECE deberá garantizar la eficacia del diseño del nuevo sistema de competencia, principalmente en aquellos sectores regulados donde la cooperación con las autoridades sectoriales se convierte en un elemento clave en la detección y sanción de conductas anticompetitivas. En el caso de la Autoridad Investigadora del IFT, el reto es convertirse en el regulador del nuevo marco pro-competitivo sectorial, que impida distorsionar la competencia entre concesionarios privados y públicos que se enfrenten en un mismo mercado.²⁹

En el caso de las nuevas atribuciones, la Autoridad Investigadora debe enfrentarse al enorme reto que significa hacer uso de ellas en ausencia de criterios jurisdiccionales claros que delimiten los márgenes de actuación de la propia autoridad. Esta situación se agrava si se toma en consideración que derivado de la reforma constitucional de 2013, el amparo únicamente procede contra resoluciones que pongan fin al procedimiento, por lo que la autoridad deberá ser extremadamente sigilosa y observante de los derechos de los gobernados y garantizar el debido proceso en su actuar.

Por último, es necesario señalar que aun cuando hoy en día contamos con instituciones más sólidas y un aparato legal que nos permite desplegar nuestras funciones de manera más eficiente, la propia experiencia de la Comisión y del IFT ha demostrado que cualquier diseño institucional y legal es resultado de un análisis dinámico y que siempre está sujeto a mejoras que se adecuen a un momento particular.

²⁹ Artículo 3, Fracción XXXVIII de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.