

**INICIATIVA QUE REFORMA EL ARTÍCULO 2º Y LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 3º, ADICIONA EL ARTÍCULO 57 BIS Y DEROGA EL INCISO D) DEL ARTÍCULO 94, DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN MATERIA DE BARRERAS A LA COMPETENCIA Y LA LIBRE CONCURRENCIA, A CARGO DE LA DIPUTADA DORA MARÍA GUADALUPE TALAMANTE LEMAS, DEL GRUPO PARLAMENTARIO NUEVA ALIANZA.**

Quien suscribe, **Dora María Guadalupe Talamante Lemas**, Diputada Federal del Grupo Parlamentario Nueva Alianza, de la LXII Legislatura del honorable Congreso de la Unión, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 71, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 55, fracción II, del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, someto a consideración de esta soberanía la siguiente iniciativa con proyecto de decreto, al tenor del siguiente:

**Planteamiento del Problema.**

Con la finalidad de dar cumplimiento el artículo TERCERO TRANSITORIO del DECRETO que contiene reformas y adiciones a 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, en recientes fechas este Honorable Congreso de la Unión expidió la nueva Ley Federal de Competencia Económica, misma que fue publicada por el Ejecutivo Federal el 23 de mayo siguiente y entró en vigor en días pasados.

Conforme a lo dispuesto en su artículo 2º, la Ley en comento tiene por objeto promover, proteger y garantizar la libre competencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar, combatir, perseguir con eficacia, castigar severamente y eliminar los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones ilícitas, así como las llamadas “barreras a la libre competencia”.

Este último concepto –barreras a la competencia y la libre competencia-, es definido en la fracción IV del artículo 3º como *“cualquier característica estructural del mercado, hecho o acto de los agentes económicos que tenga por objeto o efecto impedir el acceso de competidores o limitar su capacidad para competir en los mercados; que impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre competencia, así como las disposiciones jurídicas emitidas por cualquier orden de gobierno que indebidamente impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre competencia.”*

Como puede observarse, se trata de una definición cuyo contenido es del todo subjetivo: al hablar de *“cualquier característica estructural del mercado”* y de *“cualquier hecho o acto de los agentes económicos”*, no se permite que los ciudadanos conozcan con certeza cuáles son las conductas, hechos, circunstancias o elementos, que la autoridad considerará como una barrera a la competencia y la libre competencia, generando incertidumbre y sembrando un terreno propicio para la aplicación arbitraria de la Ley.

En nuestro sistema de derecho, el principio de reserva de ley se aplica cuando la norma constitucional asigna al órgano legislativo la regulación de una materia determinada, excluyendo la posibilidad de que dicha materia pueda ser regulada por disposiciones de naturaleza distinta a ella, como serían las normas secundarias o disposiciones reglamentarias.

En el caso concreto, del artículo 28 de la Constitución Federal se advierte que es necesaria una ley formal para regular las medidas tendientes a eliminar las barreras a la competencia y la libre competencia. Sin embargo, para respetar plenamente la garantía de legalidad, no basta con que el acto creador de la norma emane del Poder Legislativo, sino que es necesario también que los elementos esenciales de la situación o conducta a regular, así como su forma, contenido y alcance, estén consignados en la ley, de manera que no quede margen para la arbitrariedad de la autoridad encargada de su aplicación, y que el gobernado pueda saber lo que constituye una infracción a la ley, y cuáles serán las consecuencias por actualizarse la hipótesis de la norma.

En el caso concreto, la Ley Federal de Competencia Económica no señala con precisión el marco a través del cual la autoridad reguladora (IFT) pueda ejercer su potestad de perseguir con eficacia, castigar severamente y eliminar

las barreras a la libre competencia y la competencia económica, pues únicamente se concreta a señalar como criterio genérico que se trata de “cualquier característica estructural del mercado”, “hecho o acto de los agentes económicos” con los que se impida el acceso de competidores, se limite su capacidad para competir en los mercados, o se distorsione el proceso de competencia y libre competencia. Al no especificar la conducta o circunstancia sobre la cual recaerán las consecuencias, se deja a la autoridad reguladora total arbitrio para determinarlo en cada caso.

Lo cierto es que la garantía de seguridad jurídica exige a las y los legisladores establecer normas que otorguen certeza y seguridad a la ciudadanía, y que a la vez sirvan de orientación a la autoridad respectiva para imponer la sanción o medidas aplicables.

Es por ello que el Grupo Parlamentario Nueva Alianza propone reformar la Ley, a efecto de subsanar esta inconsistencia y brindar a la ciudadanía normas jurídicas que le permitan conocer con certeza lo que es una barrera a la competencia y a la libre competencia y la forma en que actuará el órgano regulador frente a las mismas.

### **Argumentación.**

Como se explicó anteriormente, no obstante que en la Ley Federal de Competencia Económica no prevé de manera clara y concreta de lo que debe entenderse por “barreras a la libre competencia y libre competencia”, sí se establece con tajante determinación que la Comisión proveerá lo conducente para prevenirlas y eliminarlas, a través del procedimiento de investigación especial regulado en el artículo 94.

La definición que se pretende dar en la fracción IV de la Ley a las mencionadas barreras, prevé 3 tipos de ellas: i) cualquier característica estructural del mercado; ii) hechos o actos de los agentes económicos que tengan por objeto o efecto impedir el acceso de competidores o limitar su capacidad para competir en los mercados y iii) las disposiciones jurídicas emitidas por cualquier orden de gobierno que impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre competencia.

Cabe mencionar que no se encontró evidencia de la utilización del término “barreras a la competencia y libre competencia” en la literatura económica, ni en alguna otra legislación a nivel internacional. Dicho concepto se confunde con las llamadas “barreras a la entrada” que sí son manejadas por la teoría económica y por la legislación. Se trata de circunstancias o peculiaridades que se presentan en los mercados que pueden obstaculizar o dificultar el acceso a los mismos en condiciones de competencia, y que por tal razón deben ser identificadas, reguladas, y de ser posible, eliminadas.

La Doctora María Elena Estavillo Flores, actual Comisionada del Instituto Federal de Telecomunicaciones, considera que las llamadas “características estructurales del mercado”, son barreras estructurales que surgen o proceden de las características fundamentales de las actividades económicas analizadas, citando como ejemplo las características del proceso de producción en cuestión o bien las características que presenta la demanda en el mercado analizado. Para la Comisionada, en el artículo 12 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica anterior, se prevén ciertas barreras que pueden considerarse de tipo estructural y que son las siguientes:

- Los costos financieros o de desarrollar canales alternativos, el acceso limitado al financiamiento, a la tecnología o a canales de distribución eficientes;
- El monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida, así como la ausencia o escasa rentabilidad de usos alternativos de infraestructura y equipo;
- La inversión en publicidad requerida para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos;

Por cuanto hace a **“los hechos o actos de los agentes económicos que tengan por objeto o efecto impedir el acceso de competidores o limitar su capacidad para competir en los mercados”**, la Comisionada considera

que la propia ley ya contempla la investigación, combate y sanción de diversas conductas que pueden distorsionar la competencia (las llamadas prácticas monopólicas absolutas y relativas) y que aquí el reto consiste en no confundir las barreras a la competencia que se crean como consecuencia de conducta comunes de los agentes económicos, con prácticas que son ilegales y por ende sancionadas por la ley.

Finalmente, por lo que se refiere a las “**disposiciones jurídicas emitidas por cualquier orden de gobierno**”, que pudieran traducirse en barreras a la competencia y libre concurrencia, la Comisionada considera que existen ciertas disposiciones gubernamentales que pueden distorsionar el proceso de competencia y libre concurrencia, cuando: i) incrementan los costos de entrada y/o de operación de las empresas; ii) generan incertidumbre sobre la obtención de permisos y autorizaciones o sobre los costos futuros de las empresas; iii) establecen condiciones distintas para quienes compiten en los mismos mercados, ya sea que se trate de empresas privadas o públicas; iii) favorecen artificialmente un estándar tecnológico, un método de producción o una variedad específica de productos o servicios; y iv) crean escasez artificial de los recursos productivos.

En su exposición, nuevamente hace referencia al artículo 12 del Reglamento de la Ley anterior, para afirmar que en dicha disposición se prevén las barreras que pueden considerarse jurídicas, a saber:

- La necesidad de contar con concesiones, licencias, permisos o cualquier clase de autorización gubernamental.
- Los actos de autoridades federales, estatales o municipales que discriminen en el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos a ciertos productores, comercializadores, distribuidores o prestadores de servicios.

Por cuanto hace a las implicaciones legales y constitucionales de la definición de barreras a la competencia y a la libre concurrencia que prevé actualmente la Ley, se observa lo siguiente:

#### **a. Cualquier característica estructural del mercado**

Esta definición no permite al gobernado conocer qué es una característica estructural de mercado y deja a la autoridad una excesiva libertad para dale contenido. Por lo anterior, se sugiere eliminar tal definición.

#### **b. Cualquier hecho o acto de los agentes económicos que tenga por objeto o efecto impedir el acceso de competidores o limitar su capacidad para competir en los mercados**

Esta redacción resulta tan genérica como la contenida en la fracción VII del anterior artículo 10 de la Ley, que fue declarada inconstitucional por la SCJN en el 2004, que establecía lo siguiente:

“ARTÍCULO 10.- Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

#### **VII. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.**

Dicha fracción fue derogada por inconstitucional, precisamente por no especificar la conducta sobre la cual recaerá la sanción que la ley prevé, lo que constituye una violación a las garantías de seguridad jurídica y legalidad previstas en los artículos 14 y 16 de la Constitución.

#### **c. Las disposiciones jurídicas emitidas por cualquier orden de gobierno, que impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia.”**

La Comisión está impedida constitucionalmente para “perseguir con eficacia”, “castigar severamente” y “eliminar” actos y normas jurídicas estatales e incluso municipales.

A ese respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que:

*“el control constitucional de normas generales o de actos de las autoridades estatales no puede crearse en una ley, sino en la propia Constitución y que para el análisis y decisión sobre la constitucionalidad de los actos de las autoridades estatales, el Órgano Reformador de la Constitución instituyó en la fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la controversia constitucional, que constituye el medio idóneo para regular, constitucionalmente, el ejercicio de atribuciones de las autoridades, ya sea en la esfera federal o local; **de tal suerte que cualquier otra vía, instituida en una ley, para tal fin, es inconstitucional**”.*

Tal criterio surgió al analizar la constitucionalidad de los artículos 14 y 15 de la entonces Ley Federal de Competencia Económica, que en su momento establecían la posibilidad de que la Comisión investigara y en su caso declarara la inexistencia de actos [o normas] de autoridades estatales cuyo objeto directo o indirecto se tradujera en una barrera al comercio interestatal.

**Como puede observarse, la SCJN fue clara al establecer que cualquier vía instituida en una ley federal, con el fin de analizar y pretender eliminar o regular la constitucionalidad de actos o normas de autoridades estatales, es contraria a la Ley Fundamental.**

En resumen, la definición de Barreras a la Competencia y la Libre Concurrencia prevista en la Ley vigente contiene elementos carentes de contenido en unos casos, y jurídica y constitucionalmente cuestionables en otros, creando un estado de incertidumbre jurídica tanto para el órgano regulador como para los gobernados, que dificulta la plena aplicación de la Ley.

El Partido Nueva Alianza considera indispensable que la ley contenga un precepto en el que se explique lo que debe entenderse por “barreras a la competencia y a la libre concurrencia”; un precepto que enumere, como lo hace el artículo 12 del Reglamento de la Ley que perdió vigencia, las circunstancias del mercado de carácter estructural, jurídico y conductual, que pueden constituir una barrera a la competencia y libre concurrencia y que por tal razón deben ser analizadas y en su caso eliminadas por el IFT, pero de ninguna manera “perseguidas con eficacia” y “sancionadas severamente” como lo pretende la redacción del actual artículo 2, toda vez que **equiparar una condición del mercado con una conducta ilegal de los agentes económicos es incorrecto.**

En la presente iniciativa se propone retomar la descripción de barreras a la entrada contenida en el artículo 12 del Reglamento de la LFCE anterior, e incorporarla a la ley. Como se explicó al inicio, el principio de reserva de ley excluye la posibilidad de que materias como ésta puedan ser reguladas en disposiciones secundarias; en otras palabras, no es correcto pretender que sean las disposiciones reglamentarias emitidas por el IFT, las que definan lo que debe entenderse por barreras a la competencia y a la libre concurrencia, ya que el artículo 28 de la Constitución Federal asigna la regulación de las mismas al órgano legislativo .

Finalmente, se propone eliminar el inciso d) de la fracción III del artículo 94 de la Ley, en el que se prevé que la Comisión, con motivo de la investigación para determinar la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia, podrá ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales, o acciones del agente económico involucrado, en las proporciones necesarias para eliminar los efectos anticompetitivos.

Lo anterior toda vez que una medida/sanción de tal magnitud, de ninguna manera se justifica ante la existencia de circunstancias de mercado que, si bien deben ser atendidas y reguladas o eliminadas por el IFT, no constituyen conductas ilegales (prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas) que deban ser sancionadas. Aunado a lo anterior, la sanción de desincorporación, como lo prevé el artículo 131 de la Ley, únicamente procede para casos de reincidencia en la comisión de prácticas monopólicas y concentraciones ilegales:

“Artículo 131.- Cuando la infracción sea cometida por quien haya sido sancionado previamente por la realización de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, la Comisión considerará los elementos a que hace referencia el artículo 130 de esta Ley y en lugar de la sanción que corresponda, podrá resolver la desincorporación o

enajenación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los Agentes Económicos, en las porciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.

...”

## **Fundamento legal**

Por lo anteriormente expuesto y con fundamento en lo dispuesto en los artículos 71, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 55, fracción II, del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, someto a consideración de esta asamblea el presente proyecto de decreto que reforma, para lo cual expreso la siguiente:

**Artículo Primero.-** Se reforma el artículo 2º y la fracción IV del artículo 3º, se adiciona el artículo 57 bis y se deroga el inciso d) del artículo 94, de la Ley Federal de Competencia Económica, para quedar como sigue:

**“Artículo 2.-** Esta Ley tiene por objeto promover, proteger y garantizar la libre concurrencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar, combatir, perseguir con eficacia, castigar severamente y eliminar los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.”

**“Artículo 3.-** Para los efectos de esta ley, se entiende por:

I-III...

IV. Barreras a la Competencia y la Libre Concurrencia: **Las previstas en el artículo 57 Bis de esta Ley.”**

V-XV...”

**“Artículo 57 Bis.-**Son elementos que pueden considerarse como barreras a la competencia y libre concurrencia:

**I. Los costos financieros o de desarrollar canales alternativos, el acceso limitado al financiamiento, a la tecnología o a canales de distribución eficientes;**

**II. El monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida, así como la ausencia o escasa rentabilidad de usos alternativos de infraestructura y equipo;**

**III. La necesidad de contar con concesiones, licencias, permisos o cualquier clase de autorización gubernamental, así como con derechos de uso o explotación protegidos por la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial;**

**IV. La inversión en publicidad requerida para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos;**

**IV. Las limitaciones a la competencia en los mercados internacionales;**

**VI. Las restricciones constituidas por prácticas comunes de los agentes;**

**VII. Los actos de autoridades federales, estatales o municipales que discriminen en el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos a ciertos productores, comercializadores, distribuidores o prestadores de servicios.”**

**“Artículo 94.-...**

I-VII...

...

...

...

La resolución de la Comisión podrá incluir:

a)- c)...

**d) [derogada]**

...

...

...

...

...

### **Transitorio**

Único. El presente decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

**Dado en el Senado de la República, sede de la Comisión Permanente, a 16 de julio de 2014.**

---

**Dip. Dora María Guadalupe Talamante Lemas**

---

Jurisprudencia P.LVI/2004, con número de registro 180696, del Pleno de la SCJN, visible bajo el rubro “COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 7º FRACCIONES II, IV Y V, DEL REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL ESTABLECER QUE DETERMINADAS CONDUCTAS DEBEN CONSIDERARSE COMO PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, VIOLA EL PRINCIPIO DE RESERVA DE ELEY CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”. Semanario Judicial de la Federación, Tomo XX, septiembre de 2004.

Jurisprudencia P.XII/2004, con el número de registro 181772, del Pleno de la SCJN, visible bajo el rubro “COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTICULO 10, FRACCIÓN VII, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL NO ESPECIFICAR LA CONDUCTA SOBRE LA CUAL RECAERÁ LA SANCIÓN QUE PREVÉ, VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA PREVISTAS EN LOS ARTÍCUCLOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.” Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIX, abril de 2004.

Exposición titulada “Barreras a la Competencia e Insumos Esenciales, Nuevo Marco jurídico de Competencia Económica”; Comisionada María Elena Estavillo Flores, Instituto Federal de Telecomunicaciones, 30 de junio de

2014, Ciudad de México, consultable en <http://www.ift.org.mx/iftweb/wp-content/uploads/2014/07/Anade-140626-insumos-esen-barreras.pdf>

Ibidem,

**CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 1/2001.** Gobernador Constitucional del Estado de Durango. 6 de enero de 2004. Mayoría de ocho votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Víctor Miguel Bravo Melgoza.

“**ARTÍCULO 14.-** En los términos de la fracción V del artículo 117 de la Constitución Política de los Estados Unidos indirecto sea prohibir la entrada a su territorio o la salida de mercancías o servicios de origen nacional o extranjero”. Mexicanos, no producirán efectos jurídicos los actos de autoridades estatales cuyo objeto directo o indirecto sea prohibir la entrada a su territorio o la salida de mercancías o servicios de origen nacional o extranjero.

“**ARTÍCULO 15.-** La Comisión podrá investigar de oficio o a petición de parte si se está en presencia de los actos a que se refiere el artículo anterior y, en su caso, declarar su existencia. La declaratoria será publicada en el Diario Oficial de la Federación y podrá ser impugnada por la autoridad estatal ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación”.

En el 2003, la SCJN declaró inconstitucionales diversos preceptos del Reglamento de la LFCE, al pretender establecer que determinadas conductas deben considerarse como prácticas monopólicas, por considerar que con ello se viola el principio de reserva de ley contenido en el artículo 28 de la Constitución Federal. Ver Jurisprudencia P.LVI/2004, del Pleno de la SCJN, visible bajo el rubro: “**COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 7º, FRACIONES II, IV Y V, DEL REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL RELATIVA. AL ESTABLECER QUE DETERMINADAS CONDUCTAS CEBEN CONSIDERARSE COMO PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, VIOLA EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.**” Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, septiembre de 2004, pág. 5.