

Foro “Balance de las Reformas Estructurales”

Mesa 1: Balance de la Reforma en materia de Competencia Económica y Telecomunicaciones

Lucía Ojeda Cárdenas

Agosto 2018

Ideas principales a destacar

1

La política de competencia es un instrumento **que aporta al bienestar social** y democratiza los mercados.

2

La Reforma implicó un cambio fundamental y decisivo sobre el diseño institucional reconociendo la necesidad de **órganos técnicos altamente especializados, independientes y fuertes.**

3

Los tribunales especializados **han jugado un papel determinante** en su implementación, delimitando y aclarando facultades y disposiciones legales.

4

El **Balance es positivo** aunque aún sigue desplegando efectos; sin embargo, existen aún **áreas de oportunidad** y mejora.

5

Es importante profundizar los aspectos relacionados con **resarcimiento de daños y perjuicios** por violaciones a la Ley y sobre **responsabilidad patrimonial del Estado.**

Objeto de la política de competencia dentro de la política pública

"...antitrust is about protecting the competitive process so consumers receive the full benefits of vigorous competition."

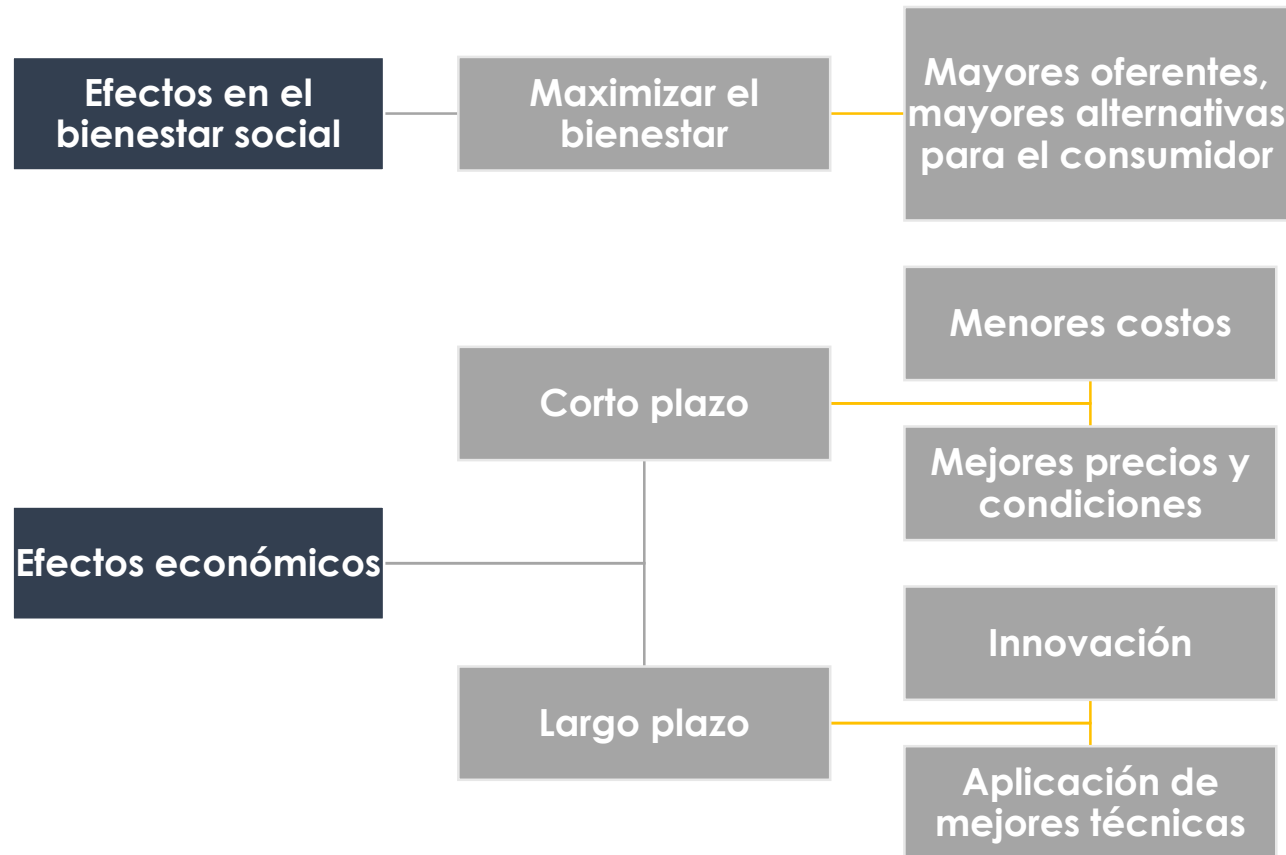
Según la OCDE la política de competencia debe ser:

"Proteger y preservar la competencia a través de los mecanismos más apropiados, asegurando la asignación eficiente de los recursos".

La Constitución y la LFCE establecen que en México su objeto es, en última instancia **proteger el funcionamiento eficiente de los mercados**

Objeto de la política de competencia dentro de la política pública

La política de competencia tiene efectos económicos y efectos sobre el bienestar social



Según COFECE, 141 países cuentan con normativa de competencia; entre éstos países como China

La política de competencia tiene incidencia en los precios pero no implica un control de precios

Innovación → Otorgar a los productos un justo valor →

Una política de competencia no puede velar únicamente por los resultados a corto plazo, sino que debe asegurar la continuación de condiciones de competencia en los mercados a largo plazo

La COFECE castigará las distorsiones artificiales en el mercado, pero no regulará precios.

Cuando existan indicios de **ausencia de condiciones de competencia en un mercado**, como un supuesto de excepción y de último recurso, la COFECE está facultada para iniciar un procedimiento que puede desembocar en una regulación de precio.

Objeto de la política de competencia dentro de la política pública

La política de competencia genera productividad y eficiencias, pero no es responsable de determinar cómo se asignan esos beneficios.

- **No es correcto** esperar que la política de competencia regule o aborde problemas que no se relacionen directamente con la competencia, pues para tal efecto será ineficaz.
- Incluso puede ser contraproducente utilizar la política de competencia para finalidades ajenas a su objeto, pues su finalidad se puede ver socavada.
- La política de competencia tampoco debe ser el principal medio para resolver problemas sociales.

Objeto de la política de competencia dentro de la política pública:



Aspectos que corresponden directamente a autoridades de competencia

Corregir estructuras que dañen la competencia

Establecer controles eficientes respecto las concentraciones

Sancionar y vigilar severamente a los acuerdos horizontales

Analizar bajo una óptica más estrictas las conductas unilaterales (abuso de dominancia)

Aspectos que NO corresponden a las autoridades de competencia



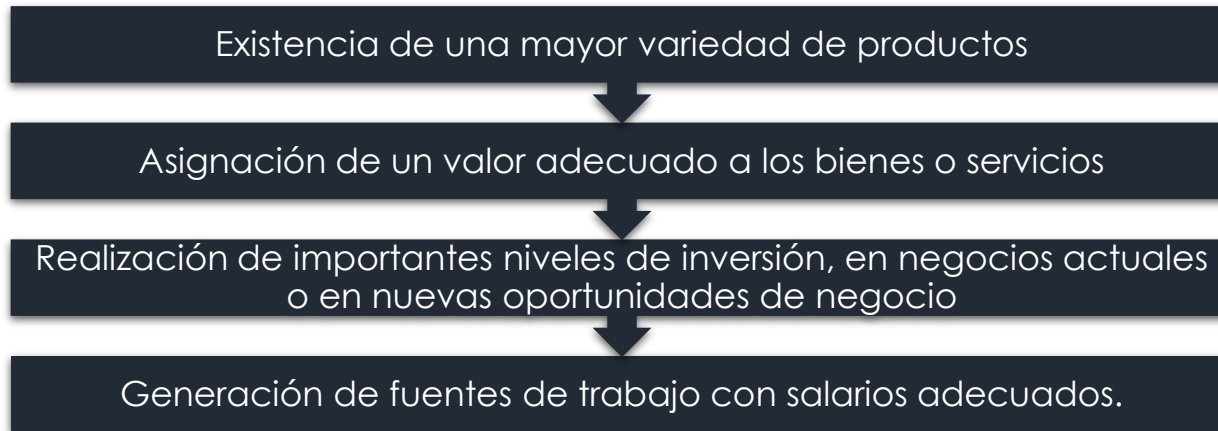
Abordar la desigualdad del ingreso

Sancionar actos de corrupción

Castigar empresas grandes por el simple hecho de serlo

Objeto de la política de competencia tras la Reforma en el bienestar social

- Los distintos tipos de eficiencias identificados por la teoría económica en las reformas estructurales tienen como elemento común la constante e imperiosa necesidad de **mejorar el desempeño económico de los diferentes productos o servicios**. Estas eficiencias, a nivel mercado, garantizan lo siguiente:



Resultados de la política de competencia tras la Reforma



- El crecimiento de la productividad de México repuntó recientemente en los sectores que se beneficiaron de las reformas estructurales: energético (electricidad, petróleo y gas), financiero y de telecomunicaciones.
- Otros sectores se han rezagada al verse afectados por regulaciones locales demasiado rigurosas, corrupción y desarrollo financiero insuficiente. Es indispensable llevar a cabo reformas adicionales para solucionar estos problemas.
- Sin embargo, el crecimiento no ha sido suficientemente incluyente. Han aumentado las desigualdades entre una economía moderna muy productiva en el norte y el centro y una economía tradicional en el sur de México.

Importancia del fortalecimiento de la autonomía de los órganos



INSTITUTO FEDERAL DE
TELECOMUNICACIONES





Importancia del fortalecimiento de la autonomía de los órganos

Autonomía presupuestaria

Permite enfrentar fuertes intereses políticos y empresariales de una mejor manera, con independencia de los tres Poderes de la Unión, las decisiones político-gubernamentales y los grupos de poder que pudieran tener interés en influir en sus decisiones

Mayor inversión en capital humano

Implica mejores herramientas para el desempeño de sus funciones
Alta especialización por lo que se requiere atracción y mantenimiento de talentos

Transparencia y rendiciones de cuentas

Publicaciones de objetivos, genera cultura de revisión, prevención de riesgos regulatorios y cumplimiento de la legislación por parte de los agentes.

Fortalecimiento de la autoridad de Competencia

COFECE	1993	2006	2011	2013	2014	2018
Presupuesto anual	\$43 mdp	\$153 mdp	\$163 mdp	\$225 mdp	\$297 mdp	\$618 mdp
Personal		176	252	254	375	462



Resultados de la política de competencia tras la Reforma



- Las reformas estructurales han rendido frutos y deben impulsarse más. Han facultado a las autoridades de competencia para disuadir la colusión, los monopolios y otras prácticas anticompetitivas. Eso ha bajado los precios en más del 25% en el caso de las telecomunicaciones para beneficio de los consumidores y empresas.
- Una reasignación de los recursos de las industrias de poca productividad a las de alta productividad estimularía las perspectivas económicas de México.

Papel del poder judicial en el establecimiento de la política

Especialización Tribunales

- La especialización = mayor uniformidad de la interpretación legal en la materia
- Análisis mejor sustentado y pruebas sustancialmente más robustas.

Deferencia judicial

- Aún no es posible concluir sobre el grado de deferencia que los Tribunales han tenido a las autoridades de competencia.
- Los Tribunales Especializados deben de garantizar el debido proceso en cualquiera de los procedimientos respectivos (*procedural fairness*).

Papel del poder judicial en el establecimiento de la política



- El establecimiento de Tribunales Especializados supone una evaluación una decisión, a través de una revisión completa de las cuestiones de fondo. Su especialización ahora permite una revisión más específica de las decisiones de competencia.
- Para la OCDE (o OECD) un Tribunal Especializado debe vigilar que la actuación de las autoridades se apegue a la normatividad vigente.
- En caso de que identifique aspectos defectuosos en éstas, deberán revocarlas, lo cual puede tener un efecto positivo en la calidad de las decisiones de las autoridades, quienes buscarán disminuir las probabilidades de que sus resoluciones sean indebidamente revocadas en instancias posteriores, aumentando el cuidado en las mismas.

Criterios judiciales relevantes en materia de competencia

- La actividad y especialización del actuar judicial ha permitido la generación de criterios claros aplicables a la materia de competencia económica.

Autoridades de Competencia Económica. Contra los actos de ejecución irreparable que emitan en los procedimientos de investigación a su cargo procede el amparo.

- La sustracción de información o comunicaciones cursadas entre un abogado independiente y su cliente, con motivo de su defensa, durante un procedimiento seguido en forma de juicio, se considera como **un acto de ejecución irreparable que otorga a los agentes económicos sujetos a investigación, o a sus abogados**, la acción de amparo para impugnarlo.

[TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 38, Enero de 2017; Tomo IV; Pág. 2437. I.1o.A.E.192 A (10a.).

Comunicaciones entre un abogado y su cliente con motivo de un procedimiento seguido por las autoridades de Competencia Económica. No deben tomarse en cuenta las obtenidas como resultado de las funciones de verificación, salvo que existan indicios que puedan implicar al profesionalista como copartícipe de un ilícito

- La Constitución tutela la secrecía profesional de las comunicaciones cursadas entre un abogado independiente y su cliente con motivo de su defensa. Por tanto, las comunicaciones con abogados internos, en principio, no están cubiertas por tal privilegio

De tal forma que, **tanto el profesionalista como el gobernado, tienen el derecho de que las comunicaciones generadas en esas condiciones sean consideradas confidenciales y no sean tomadas en cuenta por las autoridades.**

[TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 38, Enero de 2017; Tomo IV; Pág. 2475. I.1o.A.E.193 A (10a.).

Criterios judiciales relevantes en materia de competencia

Competencia económica. Procede el juicio de amparo contra la extracción de información o documentación cliente abogado, realizada en las inspecciones a cargo de la Comisión Federal de Competencia Económica.

- Si bien el artículo 28, párrafo vigésimo, fracción VII, constitucional, establece, como regla general, que "en ningún caso" es procedente el juicio de amparo contra actos intraprocesales efectuados por la Comisión Federal de Competencia Económica; también lo es que dicha restricción no tiene como propósito impedir la defensa de los afectados por esos actos, sino diferirla hasta que se dicte el acto terminal que concluya el procedimiento respectivo.

La defensa de la afectación sufrida por el abogado externo, en su obligación de defender y proteger el secreto profesional, no puede diferirse hasta que se dicte la resolución final, ya que se le dejaría en estado de indefensión en relación con esa obligación; por lo que **se estima jurídicamente razonable la procedencia del juicio de amparo promovido por el abogado defensor externo**, quien para tal efecto debe identificar dentro de su universo, la información que está sujeta a dicha protección, so pena de que el juicio se estime improcedente.

[J]; 10a. Época; Plenos de Circuito; Gaceta S.J.F.; Libro 51, Febrero de 2018; Tomo II; Pág. 892. PC.XXXIII.CRT J/12 A (10a.).

Secrecía de las comunicaciones entre un abogado y su cliente. Es aplicable a los procedimientos administrativos de responsabilidad en materia de Competencia Económica.

- El privilegio de la secrecía de las comunicaciones entre un abogado y su cliente, **constituye una medida de protección que deriva de los derechos constitucionales a la intimidad, de defensa y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas**, que resulta aplicable a los procedimientos administrativos sancionatorios.

Sin embargo, el privilegio entre abogado y cliente no prevalecerá cuando existan indicios serios de que el abogado podría estar involucrado, no como asesor legal de su cliente, sino como parte de un acto ilícito.

[TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 38, Enero de 2017; Tomo IV; Pág. 2721. I.1o.A.E.194 A (10a.).

Criterios judiciales relevantes en materia de competencia

Comunicaciones entre un abogado y su cliente con motivo de un procedimiento en materia de competencia económica. Efectos de la concesión del amparo cuando se concluya que las autoridades correspondientes sustrajeron la información relativa sin adoptar con inmediatez las medidas de resguardo ni ordenar su exclusión del material de la investigación.

- La secrecía de las comunicaciones entre un abogado y su cliente constituye un factor esencial para que el primero pueda ejercer eficazmente su profesión, correlativo de estos derechos fundamentales de los gobernados se encuentra **el deber de la autoridad de abstenerse de interferir en esas comunicaciones y de sustraer la información que se encuentra protegida por el privilegio legal de la confidencialidad**, lo que implicaría, además, la vulneración a los derechos de defensa y a la vida privada.

Por tanto en los casos en que se concluya que las autoridades de competencia económica no constriñeron su actuación al mandato constitucional por haber sustraído información entregada en una relación cliente-abogado, la protección de la Justicia Federal **tendrá como efecto que eliminen el documento o la copia de éste y, en su caso, su reproducción electrónica, y se abstengan de acceder a su contenido y de utilizar la información plasmada en él, en el entendido de que si ya lo hubieran hecho, deberán dejar sin efectos las actuaciones derivadas de ello, pues la ilicitud de éstas afecta la validez de las basadas en ellas**

Criterios judiciales relevantes en materia de competencia

Procedimiento de investigación de violaciones a la Ley Federal de Competencia Económica. La causa objetiva que motiva su inicio no condiciona ni limita la conducta que puede imputarse en el oficio de probable responsabilidad.

- La causa objetiva es el sustento tanto del inicio de la facultad indagatoria, como de las consecuentes acciones de la autoridad para desarrollarla, porque se vincula con las razones que la motivaron, sin que ello la obligue o vincule a emitir un oficio de probable responsabilidad en el que se impute únicamente la conducta señalada como causa objetiva, pues ésta se puede ampliar, perfeccionar, modificar, definir o sustituir.

[TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 51, Febrero de 2018; Tomo III; Pág. 1529. I.1o.A.E.224 A (10a.).

Litisconsorcio pasivo necesario. No se actualiza cuando, conforme a su grado de participación, se sanciona a diversas personas por la comisión de una práctica monopólica absoluta (legislación abrogada).

- Cuando se sanciona a diversas personas por la realización de una práctica monopólica absoluta no se actualiza un litisconsorcio pasivo necesario, al grado de que no pueda absolverse a una sin hacerlo con las otras, porque la responsabilidad se construye de acuerdo con el grado de participación de cada quien en la configuración de la práctica irregular. Cuando simplemente existe pluralidad de sujetos, es posible que los derechos que cada uno ostenta se resuelvan de acuerdo con sus particularidades, de modo que, al final, puede absolverse sólo a uno y condenarse a los demás.

[J]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 40, Marzo de 2017; Tomo IV; Pág. 2411. I.2o.A.E. J/2 (10a.).

Criterios judiciales relevantes en materia de competencia

Prácticas monopólicas. Para determinar la responsabilidad por su comisión, la autoridad de competencia económica debe analizar la causa de inculpabilidad planteada como defensa, consistente en la inexigibilidad de otra conducta (aplicación analógica del artículo 15, fracción ix, del código penal federal).

- Deben analizarse los argumentos y las pruebas con las que pretenda acreditarse que no se actuó con libertad, sino bajo la amenaza de sufrir un daño, *mutatis mutandi*, como ocurre tratándose de ilícitos penales, si el acto atribuido se lleva a cabo ante una amenaza real y concreta de daño, en condiciones en que no resulta racionalmente exigible al autor una conducta diversa, apegada a derecho.

[TA]; 10a. Época; T.C.C.; Semanario Judicial de la Federación; I.1o.A.E.235 A (10a.)

Competitividad. Su incidencia en los mercados regulados.

- La competitividad, entendida como la capacidad de la economía nacional, mercados y sectores productivos, para generar mayor satisfacción de los consumidores, ofreciendo los menores precios y las mejores condiciones de abasto y calidad, a efecto de financiar o promover el bienestar de las personas y satisfacer sus necesidades, en especial las más apremiantes, trasciende tanto en mercados libres, como en aquellos que tradicionalmente han sido regulados.

[TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 39, Febrero de 2017; Tomo III; Pág. 2173. I.1o.A.E.198 A (10a.).

Criterios judiciales relevantes en materia de competencia

Política regulatoria. Límites del escrutinio judicial de las decisiones relativas.

- Corresponde al juez ejercer un control de escrutinio constitucional, buscando la satisfacción del interés público y el bien común; sus decisiones deben ser razonables y proporcionales en relación con el fin de la ley; eficaces; de buena fe; ajenas al desvío de poder y no discriminatorias, en el entendido de que, el control sobre el ejercicio de esta actividad no autoriza al Juez constitucional a sustituirse en la facultad de decidir cuál es la mejor política regulatoria.

[TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 39, Febrero de 2017; Tomo III; Pág. 2325. I.2o.A.E.45 A (10a.)

Multa a un agente económico por coadyuvar, propiciar y participar en una práctica monopólica absoluta durante periodos distintos. No debe imponerse por cada uno de éstos (Legislación vigente hasta el 6 de julio de 2014).

- Si dentro del procedimiento administrativo seguido en forma de juicio se determina que un agente económico incurrió, durante periodos distintos, en la conducta consistente en coadyuvar, propiciar y participar en una práctica monopólica absoluta, se trata de una sola conducta continuada, que si bien hubo pluralidad de acciones, éstas sólo integraron una única infracción, prevista en la porción normativa citada, en razón de la unidad de propósito infraccionario e identidad de lesión jurídica..

[TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 36, Noviembre de 2016; Tomo IV; Pág. 2396. I.1o.A.E.186 A (10a.)

Criterios judiciales relevantes en materia de competencia

Tercero interesado en el juicio de amparo indirecto. Tiene ese carácter el denunciante de prácticas monopólicas absolutas ante la Comisión Federal de Competencia Económica.

[TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 42, Mayo de 2017; Tomo III; Pág. 2152. I.2o.A.E.53 A (10a.).

Práctica monopólica relativa. Para su demostración debe acudirse a la "regla de la razón".

[[TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 32, Julio de 2016; Tomo III; Pág. 2181. I.1o.A.E.163 A (10a.).

Prácticas monopólicas absolutas. Son ilegales, per se.

[TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 32, Julio de 2016; Tomo III; Pág. 2182. I.1o.A.E.162 A (10a.).

Práctica monopólica absoluta. Los sujetos que intervienen en su comisión asumen corresponsabilidad, dada su coautoría.

[TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 31, Junio de 2016; Tomo IV; Pág. 2873. I.1o.A.E.157 A (10a.).

Práctica monopólica absoluta. Para imputar responsabilidad en su comisión a una persona física, por participar como operador y representante de una persona jurídica, es innecesaria la demostración de un vínculo laboral entre éstas.

[TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 42, Mayo de 2017; Tomo III; Pág. 2152. I.2o.A.E.53 A (10a.).

Otras: Confidencialidad, inmunidad, entre otras.

Temas relevantes

Telecom

Convergencia

- La convergencia y la tendencia hacia *general purpose networks* (GPNs) han modificado sustancialmente los mercados (Ley Convergente sin convergencia aún total)
- Inversión en GPNs genera valor en toda la economía a través de fomentar innovación e inversión a través de la cadena de valor (eficiencia dinámica)

Espectro

- Asignación de espectro
- Mercado secundario (artículo 104 LFT)
- Eficiencia de uso

Inicio de investigaciones PMA/PMR

- ¿Investigaciones PMAs?

Competencias COFECE/IFT en mercados digitales (plataformas)

Análisis Ex post

Temas pendientes

Telecom



WE DECLARE that, to contribute to the development of the Internet Economy, we will:

- a) Facilitate the **convergence** of digital networks, devices, applications and services, through policies that:**
- Establish a regulatory environment that assures a level playing field for competition.
 - Uphold the open, decentralised and dynamic nature of the Internet and the development of technical standards that enable its ongoing expansion and contribute to innovation, interoperability, participation and ease of access.
 - Stimulate investment and competition in the development of high capacity information and communication infrastructures and the delivery of Internet-enabled services within and across borders.
 - Ensure that broadband networks and services are developed to attain the greatest practical national coverage and use.
 - Encourage a more efficient use of the radio frequency spectrum to facilitate access to the Internet and the introduction of new and innovative services, while taking into account public interest objectives.
 - ...
 - Ensure that convergence benefits consumers and businesses, providing them choices with respect to connectivity, access and use of Internet applications, terminal devices and content, as well as clear and accurate information about the quality and costs of services

Temas pendientes

Telecom

*“...Internet openness drives a **“virtuous cycle”** in which innovations at the edges of the network enhance consumer demand, leading to expanded investments in broadband infrastructure that, in turn, spark new innovations at the edge...”*

FCC, Open Internet Order, 2015



Temas pendientes

Telecom

Artículo NOVENO TRANSITORIO del Decreto por el que se expidió la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión

1

Agente económico preponderante en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión

2

NO se requiere autorización del IFT las concentraciones que se realicen entre agentes económicos titulares de concesiones, ni las cesiones de concesión y los cambios de control que deriven de ésta

Reducción sectorial del Índice de

Porcentaje de participación sectorial menor 20%

No participe el agente económico preponderante del sector

No tengan como efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia y concurrencia

Temas pendientes

Telecom

- **Artículo NOVENO TRANSITORIO del Decreto por el que se expidió la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión**

1

Agente económico preponderante en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión

2

NO requieren autorización del IFT las concentraciones que se realicen entre agentes económicos titulares de concesiones, ni las cesiones de concesión y los cambios de control que deriven de ésta, cuando:

Reducción sectorial del Índice de Dominancia

Porcentaje de participación sectorial menor 20%

No participe el agente económico preponderante del sector

No tengan como efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia y concurrencia

Temas relevantes

COFECE

Inmunidad

- Revocación de inmunidad
- Efectos sobre la revocación respecto de los demás solicitantes
- Criterios judiciales

Colaboración entre competidores

- COFECE ha emitido criterios para intercambio de información entre competidores con fines lícitos
- Impacto positivo en los agentes, los ha orientado a tomar mejores salvaguardas y competir vigorosamente
- Sin embargo no son suficientes dado el texto legal
- Falta aún certidumbre en el tipo de colaboraciones pro competitivas

Procedural fairness

- Las autoridades de competencia deben de emitir criterios claros para garantizar debido proceso pero a su vez ser efectivo en el cumplimiento de sus objeto

Daños y perjuicios

Aún existen muchas dudas sobre el procedimiento y su alcance

- Principio de reparación integral del daño
- Tribunales especializados son competentes
- Daño directo: ¿Quién tiene legitimación activa?
- Prescripción
- Responsabilidad patrimonial del Estado