



**Centro de Estudios del Derecho de la
Competencia y de la Regulación**

**Agosto, 2014
Documento de Trabajo
Número 05-14**

**EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL
COMO ÚNICA VÍA PARA REGULAR EL ACCESO A INSUMOS ESENCIALES**

**Luis Monterrubio
Alejandrina García**
Comisión de Competencia Económica,
Barra Mexicana, Colegio de Abogados
y Noriega y Escobedo



Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente las opiniones de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey



Centro de Estudios del Derecho de
la Competencia y de la Regulación



Acerca de los Autores

Luis Monterrubio

Coordinador, Comisión de Competencia Económica de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados,
Socio Director, Noriega y Escobedo, A. C.

Alejandrina García

Comisión de Competencia Económica de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados,
Asesora externa, Noriega y Escobedo, A. C.

Ambos han escrito artículos para revistas jurídicas especializadas en competencia económica,
derecho energético y derecho ambiental.

Resumen Ejecutivo

La nueva normatividad mexicana en materia de competencia incorpora dos procedimientos distintos en el tratamiento de insumos esenciales. Mediante un procedimiento especial, la autoridad puede regular las condiciones de acceso, precios y calidad en su prestación y, a través de un procedimiento general aplicable a toda conducta potencialmente ilícita, puede sancionar estrategias abusivas relacionadas a un insumo esencial, carácter que se determinaría en el mismo procedimiento. Dada la existencia de dos procedimientos diversos y de naturaleza diferente, uno *ex ante*, preventivo y regulatorio, el otro *ex post* y sancionatorio, surgen tres interrogantes que se analizan a lo largo del documento. En primer término, se evalúa si el procedimiento general constituye una herramienta idónea para emitir medidas regulatorias. Enseguida se revisa la posibilidad de aplicar de manera simultánea ambos tipos de procedimientos a fin de sancionar las prácticas prohibidas sobre insumos esenciales, mediante el procedimiento general, y regular el acceso, mediante el procedimiento especial. Por último, se evalúa la conveniencia de que la autoridad sólo regule el acceso a los insumos esenciales a través del procedimiento especial. El examen realizado lleva a concluir que el procedimiento especial constituye la vía idónea para regular insumos esenciales incluso en el caso en que simultáneamente se investiguen estrategias abusivas.

EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL COMO ÚNICA VÍA PARA REGULAR EL ACCESO A INSUMOS ESENCIALES

Luis Monterrubio y Alejandrina García

Introducción

La Ley Federal de Competencia Económica (Ley) prevé la posibilidad de que la Comisión Federal de Competencia Económica (en adelante COFECE) regule el acceso a los insumos esenciales. Lo anterior, a través de un procedimiento especial en el que determine que esa medida correctiva es necesaria para promover el funcionamiento eficiente de determinado mercado cuando no hay competencia efectiva en el mismo. Mediante un procedimiento general, la COFECE también podrá imponer una sanción ante la denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias a cierto insumo esencial, conductas consideradas como prácticas monopólicas relativas.¹

Dada la existencia de dos procedimientos diversos y de naturaleza diferente, uno preventivo y regulatorio el otro sancionatorio, surgen las siguientes interrogantes que intentaremos responder a lo largo de este análisis:

- (i) ¿Constituye el procedimiento general una herramienta idónea para emitir medidas regulatorias?;
- (ii) ¿Podría COFECE iniciar ambos tipos de procedimientos al mismo tiempo, a fin de sancionar las prácticas prohibidas sobre insumos esenciales que llegue a detectar, mediante el procedimiento general, y regular el acceso a dichos bienes o servicios, mediante el procedimiento especial respectivo?; y,
- (iii) ¿Sería conveniente que COFECE sólo regulara el acceso a los insumos esenciales, en virtud de un procedimiento especial?

1. Idoneidad del Procedimiento General para emitir Medidas Regulatorias

Las facultades de COFECE encaminadas a determinar la existencia y regular el acceso a insumos esenciales, se encuentran previstas dentro del párrafo décimo cuarto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los artículos 12, Fr. II; 54; 55; 56, fracciones XII y XIII; 58; 59; 60; 94 y 127, fracción VI de la Ley.

Conforme a los referidos artículos, COFECE *puede determinar la existencia y regular el acceso a insumos esenciales*, ya sea como resultado del procedimiento especial previsto por el artículo 94 de la Ley o bien, mediante la resolución que ponga fin a un procedimiento general seguido para sancionar la práctica monopólica relativa consistente en la denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias al referido insumo esencial, prevista por el artículo 56, fracción XII de la Ley.

¹ En el caso de telecomunicaciones y radiodifusión, el artículo 28 constitucional otorga estas facultades al Instituto Federal de Telecomunicaciones, delegación que es refrendada en el artículo 5 de la Ley.

El artículo 127 de la Ley, no prevé como sanción la consistente en ordenar medidas para regular el acceso al insumo esencial bajo el control de uno o varios agentes económicos para el estrechamiento de márgenes previsto por el artículo 56, fracción XIII de la Ley,² sino sólo para el caso de la práctica monopólica consistente en la denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias al referido insumo esencial, prevista por la fracción XII del artículo 56 de la Ley. Sobre el particular, llama la atención el hecho de que la *exposición de motivos* de la iniciativa presidencial para expedir una nueva Ley Federal de Competencia Económica, *no señale razón alguna para sancionar con una medida regulatoria a la práctica monopólica relativa consistente en la denegación de trato que involucra a un insumo esencial, ni tampoco el motivo por el que el estrechamiento de márgenes que involucra a un insumo esencial no deba sancionarse con una medida regulatoria.*³

Por otro lado, el último párrafo del artículo 56 de la Ley, faculta a COFECE para determinar la existencia de insumos esenciales, así como para investigar y en su caso sancionar las prácticas a que se refieren las fracciones XII y XIII de dicho artículo, sin tener que acudir al procedimiento especial previsto en el artículo 94 de la Ley.

Con el propósito de estar en posibilidad de determinar si el procedimiento general es una herramienta idónea para regular el acceso a insumos esenciales, creemos conveniente esclarecer cuáles son los fines de ambos tipos de procedimientos, a partir del análisis comparativo de: (i) los artículos de la Ley que los regulan, así como (ii) los motivos que se señalan al respecto dentro de la iniciativa presidencial para expedir una nueva Ley Federal de Competencia Económica.

Procedimiento General	Procedimiento Especial
Objeto de la Ley	
Prevenir, <i>investigar, combatir, perseguir con eficacia, castigar severamente y eliminar las prácticas monopólicas.</i> ⁴	Promover, proteger y garantizar la libre concurrencia y la competencia económica, así como <i>prevenir, investigar y eliminar las restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.</i> ⁵

² Conforme a la exposición de motivos de la iniciativa presidencial para expedir una nueva Ley Federal de Competencia Económica, esta práctica se presenta cuando existe un agente económico verticalmente integrado, que es dominante en la provisión de un insumo que es esencial para operar en el mercado relacionado, donde también compite, y abusa de su poder mediante la reducción en el margen de sus competidores en el mercado relacionado, cobrándoles un precio por el insumo mayor al que se cobra así mismo o reduciendo el precio del bien o servicio en el mercado relacionado. Con esta conducta, los competidores que son igual de eficientes que el dominante, enfrentan dificultades para permanecer o concurrir al mercado, por razones que no dependen de su eficiencia, sino del abuso del poder del dominante.

³ De hecho, el artículo 120, fracción VI de la iniciativa es igual al 127, fracción VI de la Nueva Ley Federal de Competencia Económica.

⁴ Artículo 2° de la Ley.

⁵ Artículo 2° de la Ley.

Procedimiento General	Procedimiento Especial
Objeto de COFECE	
Garantizar la libre concurrencia y competencia económica, así como <i>prevenir, investigar y combatir las prácticas monopólicas</i> . ⁶	Garantizar la libre concurrencia y competencia económica, así como <i>prevenir, investigar y combatir las restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados</i> . ⁷
Atribuciones de COFECE	
Garantizar la libre concurrencia y competencia económica; <i>prevenir, investigar y combatir las prácticas monopólicas, e imponer las sanciones derivadas de dichas conductas, en los términos de la Ley</i> . ⁸	<i>Ordenar medidas para eliminar barreras a la competencia y la libre concurrencia; determinar la existencia y regular el acceso a insumos esenciales</i> , así como ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos <i>en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos y sólo cuando las demás medidas no sean suficientes</i> . ⁹
Tipo de Conducta Regulada	
Las <i>prácticas monopólicas relativas son conductas prohibidas</i> . ¹⁰	La <i>titularidad, derecho de acceso o control de un insumo esencial por sí mismos, no son conductas anticompetitivas, ni prohibidas</i> . ¹¹
<i>Cualquier persona puede denunciar una práctica monopólica relativa ante la Autoridad Investigadora, en virtud de que es considerada una violación a una Ley de orden público e interés social</i> . ¹²	La Comisión puede iniciar un procedimiento especial para determinar la existencia de un insumo esencial y regular su acceso <i>sólo a solicitud del Ejecutivo Federal</i> , por sí o por conducto de la Secretaría de Economía <i>o bien, de oficio</i> , en virtud de que <i>la emisión de medidas regulatorias es un asunto de competencia eminentemente gubernamental</i> . ¹³
Investigación	
Para <i>iniciar una investigación por prácticas monopólicas relativas</i> , la Autoridad Investigadora requiere contar con <i>un indicio de su existencia</i> . ¹⁴	El <i>procedimiento de investigación especial puede iniciarse únicamente cuando existan elementos que hagan suponer que no existen condiciones de competencia efectiva en un mercado y con el fin de</i>

⁶ Artículo 10 de la Ley.

⁷ Artículo 10 de la Ley.

⁸ Artículo 12, Fr. I de la Ley.

⁹ Artículo 12, Frs. II de la Ley.

¹⁰ El Artículo 52 de la Ley se encuentra dentro del LIBRO SEGUNDO DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, TÍTULO ÚNICO DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, Capítulo I De la Prohibición de Conductas Anticompetitivas.

¹¹ De hecho, el procedimiento especial para emitir medidas tendientes a regular el acceso a un determinado insumo esencial se encuentra dentro del LIBRO TERCERO DE LOS PROCEDIMIENTOS, y no en el de conductas anticompetitivas.

¹² Artículos 1° y 67 de la Ley.

¹³ Artículo 94, primer párrafo de la Ley.

¹⁴ Párrafos primero y segundo del Artículo 71 de la Ley.

Procedimiento General	Procedimiento Especial
	<i>determinar la existencia de insumos esenciales que puedan generar efectos anticompetitivos.</i> ¹⁵
<i>Lo investigado es una conducta prohibida cometida por determinado agente económico y en atención a ello, el periodo de investigación comienza a contar a partir de la emisión del acuerdo de inicio respectivo, sin que la Autoridad Investigadora se encuentre obligada a publicar un extracto del mismo en el Diario Oficial de la Federación, a fin de poder sorprender al infractor y evitar que oculte o destruya evidencias de la comisión de la práctica monopólica respectiva.</i> ¹⁶	<i>Lo investigado es un mercado y no una conducta prohibida y por ello, la Autoridad Investigadora publica un extracto del acuerdo de inicio de la investigación en el Diario Oficial de la Federación, en el que debe identificar el mercado materia de la investigación, a fin de que cualquier persona pueda aportar elementos durante la investigación que ayuden a la autoridad a determinar la estructura y funcionamiento particular del referido mercado.</i> ¹⁷
La Autoridad Investigadora cuenta con todas las facultades de investigación que se prevén en la Ley, incluyendo requerir los informes y documentos necesarios, citar a declarar a quienes tengan relación con el caso de que se trate, realizar visitas de verificación y ordenar cualquier diligencia que considere pertinente.	<i>Mismas facultades.</i> ¹⁸
Mismo requisito.	Tratándose de insumos esenciales, la <i>Autoridad Investigadora debe analizar durante esta investigación, todos los supuestos previstos en el artículo 60 de la Ley.</i> ¹⁹
Contenido del Dictamen de la Autoridad Investigadora	
Identificación del o los <i>Agentes Económicos investigados</i> y, en su caso, del o los <i>probables responsables</i> ; <i>Hechos investigados y su probable objeto o efecto en el mercado</i> ; <i>Pruebas</i> y demás elementos de convicción que obren en el expediente de investigación y su análisis, y Elementos que sustenten el sentido del dictamen y, en su caso, las <i>disposiciones legales</i> que se estimen <i>violadas</i> , así como las <i>consecuencias que pueden derivar de dicha violación.</i> ²⁰	<i>Medidas correctivas que considera necesarias para eliminar las restricciones al funcionamiento eficiente del mercado investigado. Puede incluso solicitar una opinión técnica no vinculatoria a la dependencia coordinadora del sector o a la Autoridad Pública que corresponda, respecto de dichas medidas correctivas.</i> ²¹

¹⁵ Artículo 94, primer párrafo de la Ley.

¹⁶ Párrafo tercero del Artículo 71 de la Ley.

¹⁷ Artículo 94, primer párrafo y fracción I de la Ley.

¹⁸ Artículo 94, fracción II de la Ley.

¹⁹ Artículo 94, fracción II de la Ley.

²⁰ Artículo 79 de la Ley.

²¹ Artículo 94, fracción III de la Ley.

Procedimiento General	Procedimiento Especial
Procedimiento seguido en forma de juicio	
Inicia con el emplazamiento al o los probables responsables, con el <i>dictamen de probable responsabilidad</i> . ²²	El <i>dictamen preliminar se notifica a los agentes económicos que pudieran verse afectados por las medidas correctivas propuestas o por la regulación del acceso al insumo esencial, así como a la dependencia coordinadora del sector o a la Autoridad Pública que corresponda</i> . ²³
<i>No existe equivalente.</i>	El <i>agente económico involucrado puede proponer a Cofece, medidas idóneas y económicamente viables para eliminar los problemas de competencia identificados y Cofece debe justificar en su caso, su negativa a adoptarlas</i> . ²⁴
Resolución Definitiva	
Se adopta <i>por mayoría</i> de votos. ²⁵	Requiere de <i>voto calificado</i> (cuando menos 5 Comisionados). ²⁶
Contenido mínimo: Apreciación de los medios de convicción conducentes para tener o no por <i>acreditada la realización de la práctica monopólica</i> . Determinación de que el o los Agentes Económicos responsables tienen <i>poder sustancial</i> dentro del mercado de que se trate, en términos de la Ley. Determinación de <i>si se ordena la supresión definitiva de la práctica monopólica o de sus efectos o la determinación de realizar actos o acciones que neutralicen la práctica monopólica</i> , así como los <i>medios y plazos para acreditar el cumplimiento de dicha determinación</i> ante la Comisión, y Determinación sobre <i>imposición de sanciones</i> . ²⁷	Contenido: <i>La determinación sobre la existencia de insumos esenciales y lineamientos para regular, según sea el caso, las modalidades de acceso, precios o tarifas, condiciones técnicas y calidad, así como el calendario de aplicación</i> . ²⁸
Sanciones aplicables	
<i>Ordenar la corrección o supresión de la práctica monopólica</i> de que se trate; <i>Multa</i> hasta por el equivalente al ocho por ciento de los ingresos del Agente Económico, por haber incurrido en una práctica monopólica relativa, con independencia de la responsabilidad civil en que se incurra, y	<i>No hay sanción.</i> <i>Sólo se aplica una sanción en caso de que quien controle un insumo esencial, incumpla con la regulación establecida con respecto al mismo</i> . ³⁰

²² Artículo 80 de la Ley.

²³ Artículo 94, fracción III de la Ley.

²⁴ Artículo 94, fracción VII de la Ley.

²⁵ Artículo 18, primer párrafo de la Ley.

²⁶ Artículo 18, párrafo séptimo de la Ley.

²⁷ Artículo 85 de la Ley.

²⁸ Artículo 94, fracción VII, inciso c) de la Ley

Procedimiento General	Procedimiento Especial
<p><u>Ordenar medidas para regular el acceso a los Insumos Esenciales</u> bajo control de uno o varios Agentes Económicos, por haber incurrido <u>en</u> la <u>práctica</u> monopólica relativa <u>prevista en el artículo 56, fracción XII de la Ley.</u>²⁹</p>	
<p>Al ser la práctica monopólica relativa una <u>conducta ilícita</u>, las <u>personas que hayan sufrido daños o perjuicios</u> en virtud de la misma, <u>pueden reclamar judicialmente la indemnización</u> correspondiente.³¹</p>	<p><u>Al no ser una conducta ilícita, no tiene equivalente.</u></p>
Crterios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad	
<p>En la imposición de multas se deben considerar los <u>elementos para determinar la gravedad de la infracción</u>, tales como el <u>daño causado</u>; los indicios de <u>intencionalidad</u>; la <u>participación del infractor en los mercados</u>; el <u>tamaño del mercado afectado</u>; la <u>duración</u> de la <u>práctica</u>; así como su <u>capacidad económica</u>; y en su caso, la <u>afectación al ejercicio de las atribuciones de la Comisión.</u>³²</p>	<p><u>Las medidas deben ser proporcionales e idóneas y económicamente viables para eliminar las faltas de competencia efectiva identificadas; eliminar las restricciones al funcionamiento eficiente del mercado investigado, así como para prevenir efectos anticompetitivos y generar eficiencias en el mercado investigado.</u>³³</p>
<p><u>No existe equivalente. Sin embargo, Cofece sólo sanciona las prácticas monopólicas relativas cuando sus efectos anticompetitivos son superiores a las ganancias en eficiencia para los consumidores que reportan las respectivas prácticas.</u>³⁴</p>	<p>La Comisión se encuentra obligada a <u>verificar que las medidas regulatorias que dicte generarán incrementos en eficiencia en los mercados.</u>³⁵</p>
<p><u>No existe equivalente.</u></p>	<p>La resolución en la que la Comisión determine la existencia de insumos esenciales debe ser <u>notificada a las autoridades que regulen el sector de que se trate para que, en el ámbito de su competencia determinen lo conducente para lograr condiciones de competencia.</u>³⁶</p>
<p><u>No existe equivalente. Luego entonces, de aplicarse una regulación de insumo esencial como sanción, parecería que la misma no podría levantarse.</u></p>	<p>Posibilidad de que se inicie un nuevo procedimiento especial a solicitud del titular del insumo esencial, con el objeto de que la <u>Comisión determine si dicho bien o servicio ha dejado de reunir los requisitos para ser considerado como insumo esencial.</u> Lo anterior en el entendido que si la <u>Comisión determina que el bien o servicio ya no</u></p>

³⁰ Artículo 127, fracción XIV de la Ley.

²⁹ Artículo 127, fracciones I, V y VI de la Ley.

³¹ Artículo 134 de la Ley.

³² Artículo 130 de la Ley.

³³ Artículo 94 de la Ley.

³⁴ Artículo 55 de la Ley.

³⁵ Artículo 94 de la Ley, párrafo sexto.

³⁶ Artículo 95 de la ley, primer párrafo.

Procedimiento General	Procedimiento Especial
	<p><u>reúne los requisitos para ser considerado un insumo esencial, a partir de ese momento, quedará sin efectos la resolución que hubiera emitido regulando el acceso al mismo.</u>³⁷</p>
<p align="center">Fines señalados en la Exposición de Motivos de la iniciativa presidencial para emitir una nueva Ley Federal de Competencia Económica</p>	
<p><i>La práctica monopólica relativa consistente en la denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias a un insumo esencial se adicionó con el <u>objeto de evitar que el agente económico que posee el insumo de carácter imprescindible abuse de su posición dominante mediante la negación, restricción o acceso discriminatorio sin justificación legítima y únicamente buscando perjudicar a competidores.</u></i></p> <p><i>Respecto a la práctica monopólica relativa consistente en el estrechamiento de márgenes, la referida iniciativa menciona que se adicionó <u>a fin de evitar que los competidores que son igual de eficientes que el dominante, enfrenten dificultades para permanecer o concurrir al mercado, por razones que no dependen de eficiencias, sino del abuso del poder del dominante.</u></i></p>	<p><i>La facultad incremental de Cofece consistente en determinar la existencia y regular el acceso a insumos esenciales es un medio para que la <u>Comisión pueda cumplir eficazmente con su objeto de promover, proteger y garantizar la libre concurrencia y la competencia económica.</u> Lo anterior en virtud de que la <u>competencia económica es uno de los factores al alcance del gobierno para proporcionar a los ciudadanos un mayor nivel de bienestar, en tanto que promueve una potenciación de la calidad en los bienes y servicios, al mismo tiempo que mejoran los precios y las condiciones de acceso a los mismos, lo que conlleva la satisfacción de las necesidades de la población en condiciones que no pueden darse dentro de un mercado monopolizado.</u></i></p> <p><i>Asimismo, dicha iniciativa precisa que la <u>Comisión sólo deberá determinar la existencia de insumos esenciales cuando requieran ser regulados para eliminar efectos anticompetitivos.</u></i></p> <p><i>La referida exposición de motivos también señala que el <u>procedimiento especial para determinar la existencia de insumos esenciales se previó con el objeto de hacer efectiva esta facultad incremental que le otorgó la Constitución a la Comisión.</u></i></p> <p><i>Finalmente, la exposición de motivos también establece que <u>se facultó a la Comisión para solicitar opinión técnica no vinculatoria a la dependencia coordinadora del sector, respecto de las medidas que en su caso pretenda imponer, dada la importancia de coordinar las acciones de las diversas autoridades competentes para promover condiciones de competencia efectiva dentro del respectivo sector.</u></i></p>

³⁷ Artículo 94 de la Ley, párrafos tercero y cuarto.

De la interpretación armónica de los artículos señalados en el cuadro comparativo anterior se desprende que, en materia de insumos esenciales:

- (i) los fines del procedimiento general consisten en investigar y en su caso castigar las conductas prohibidas por la Ley en las que el agente económico que controle el insumo esencial, abuse de su posición dominante para perjudicar a un competidor, enfrentándolo a dificultades para permanecer o concurrir al mercado, por razones que no dependan de su eficiencia, sino del abuso del poder del dominante, así como en eliminar los efectos anticompetitivos que haya provocado la práctica respectiva, mediante la orden de corregirla o suprimirla, siempre y cuando las ganancias en eficiencia que la práctica respectiva reporte en beneficio de los consumidores, sean menores que sus efectos anticompetitivos;
- (ii) los fines del procedimiento especial son investigar, si el acceso restringido y no regulado a determinado insumo esencial ha provocado o podría provocar efectos anticompetitivos en el mercado investigado, así como en emitir medidas para regular el acceso al mismo, cuando dicha medida correctiva pueda promover el funcionamiento eficiente del mercado analizado.

Por todo lo anterior es claro que, *el procedimiento general: (i) no fue diseñado con el fin de emitir medidas regulatorias; (ii) que por lo mismo, no cuenta con elementos suficientes para que COFECE dicte medidas proporcionales, necesarias e idóneas para regular el acceso a determinado insumo esencial*, tales como: un análisis completo de la estructura y funcionamiento del mercado y de las propuestas de medidas correctivas de la autoridad investigadora, ni de los agentes económicos que controlan el insumo esencial, ni de los agentes que podrían llegar a requerir el acceso al mismo; ni la opinión técnica de las autoridades competentes sobre el impacto regulatorio que podrían llegar a tener las medidas que dictara de COFECE en el sector de que se trate; ni la posibilidad de dejar sin efectos las medidas regulatorias, cuando los bienes o servicios respectivos dejaran de reunir los requisitos para ser considerados como insumos esenciales.

En atención a todo ello se concluye que, el procedimiento general no es una herramienta idónea para dictar medidas regulatorias.

2. Seguimiento Paralelo de ambos Tipos de Procedimientos.

En la Ley no existe restricción alguna para que COFECE pueda iniciar un procedimiento especial y al mismo tiempo iniciar un procedimiento general, dado que, como se analizó anteriormente, ambos procedimientos tienen objetos y fines distintos. De hecho, de la simple lectura del último párrafo del artículo 56 de la Ley, artículo que a continuación se cita, se desprende claramente que COFECE puede determinar la existencia de los insumos esenciales utilizados en las prácticas monopólicas previstas en las fracciones XII y XIII del referido artículo 56 con base en un procedimiento especial o bien, sólo a través de un procedimiento general:

“Para efectos de investigar y en su caso sancionar las prácticas a que se refieren las fracciones XII y XIII de este artículo, la Comisión podrá determinar la existencia de insumos esenciales sin acudir al procedimiento previsto en el artículo 94 de esta Ley.”

En virtud de lo anterior estimamos que, cuando COFECE cuente con indicios suficientes de la comisión de alguna de las dos prácticas monopólicas relativas que involucran a bienes o servicios que puedan llegar a ser catalogados como insumos esenciales, podría iniciar al mismo tiempo un procedimiento general y un procedimiento especial. De esta manera, podría sancionar las conductas prohibidas previstas por las fracciones XII y XIII del artículo 56 de la Ley, ordenando la supresión inmediata de la práctica respectiva e imponiendo la multa atinente, mediante el procedimiento general, y mediante el procedimiento especial, emitir las medidas regulatorias idóneas y proporcionales que fuesen necesarias para eliminar sus efectos anticompetitivos, y prevenir los efectos anticompetitivos que podrían generarse en un futuro si el acceso restringido al insumo esencial respectivo no fuese regulado. Todo ello, con miras a promover el funcionamiento eficiente del mercado investigado.

Lo anterior es así, pues de una lectura adecuada de las normas analizadas se desprende desde un punto de vista funcional, que el procedimiento general y el procedimiento especial persiguen finalidades diferentes. El primero, sancionar una conducta ilícita y prohibida, y el segundo, fomentar la competencia regulando el acceso a determinado insumo esencial (conducta plenamente lícita) para eliminar los efectos anticompetitivos que se hayan generado o pudieran generarse en determinado mercado. Esto sin duda alguna, también es acorde con el principio de no redundancia, según el cual sería ilógico que el legislador hubiere desarrollado dos procedimientos diferentes para regular los mismos hechos con consecuencias idénticas.

Además, esta perspectiva es acorde con el carácter consistente y coherente del sistema,³⁸ ya que al entenderse éste de manera armónica, se infiere que no se presenta un conflicto en los valores que pretenden salvaguardar ambos procedimientos y, por otro lado, tampoco existe una contradicción lógica o una antinomia en las normas que regulan a uno y otro procedimiento, sino que se trata de dos procedimientos plenamente diferenciados, a partir de los fines o funciones sociales que pretenden salvaguardar.

3. Conveniencia de Regular el Acceso a Insumos Esenciales mediante un Procedimiento Especial

A fin de evaluar la conveniencia de que COFECE emita medidas para regular el acceso a los insumos esenciales involucrados tanto en la práctica monopólica relativa prevista por la fracción XII como en la fracción XIII del artículo 56 de la Ley, únicamente a través de un procedimiento especial, a continuación se presenta un cuadro comparativo de los elementos que se estima tendrá que verificar, ponderar y razonar COFECE en ambos tipos de procedimientos, para poder regular el acceso a los mismos:

³⁸ El principio de consistencia se refiere al sentido lógico del mismo. Es decir, a que las normas de un sistema no pueden contraponerse entre sí, mientras que el principio de coherencia se refiere al sentido axiológico del sistema, lo cual implica que las normas deben interpretarse de manera armónica, a fin de que los diversos valores que trata de preservar el sistema sean realizados.

En Procedimiento General	En Procedimiento Especial
<p><i>Fundamentos:</i> artículos 12, Fr. II; 54; 55; 56, fracción XII; 58; 59; 60 y 127, fracciones I, V y VI, así como 130 de la Ley, y 8 del <i>Anteproyecto de Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica que Cofece sometió a consulta pública el pasado 10 de julio de 2014 (Anteproyecto)</i>:</p>	<p><i>Fundamentos:</i> artículos 12, Fr. II; 58; 59; 60; 94 y 104, fracción I de la Ley; los criterios de proporcionalidad, razonabilidad, necesidad e idoneidad contenidos en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro “RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS”³⁹, así como los artículos 8 y 93, fracciones VI, VII, VIII, IX, X y XII del Anteproyecto:</p>
<p>1. Si existe un insumo esencial controlado por uno, o varios agentes económicos con poder sustancial (inclusive conjunto)⁴⁰ en el <i>mercado relevante</i>⁴¹ en que se realiza la <i>práctica monopólica relativa</i> de que se trate.</p>	<p>Si existe un insumo esencial controlado por uno, o varios agentes económicos con poder sustancial (inclusive conjunto)⁴² en el <i>mercado relevante</i>⁴³ <i>investigado</i>.</p>
<p>2. Si <i>no es viable la reproducción</i> del insumo esencial por otro Agente Económico, desde un punto de vista técnico, legal o económico.</p>	<p>Mismo requisito.</p>
<p>3. Si el insumo esencial resulta <i>indispensable</i> para la provisión de bienes o servicios <i>en uno o más mercados</i>, y <i>no tiene sustitutos cercanos</i>.</p>	<p>Mismo requisito.</p>
<p>4. Las <i>circunstancias</i> específicas bajo las cuales el <i>agente económico llegó a controlar el insumo esencial</i>, así como <i>determinar</i> las modalidades de acceso, precios o tarifas, condiciones técnicas y de calidad, así como el calendario de aplicación, mediante <i>medidas regulatorias</i> que sean <i>acordes con la ponderación</i> de dichas circunstancias. Por ejemplo, que la explotación exclusiva deriva de la titularidad de una patente vigente.</p>	<p>Mismo requisito.</p>

³⁹ [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su *Gaceta*; Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1; Pág. 533.

⁴⁰ El poder sustancial individual o conjunto dentro de un mismo mercado relevante deberá ser determinado por COFECE, conforme a los elementos contenidos en el artículo 59 de la Ley.

⁴¹ El mercado relevante deberá ser determinado por la COFECE, conforme a los criterios previstos por el artículo 58 de la Ley.

⁴² El poder sustancial individual o conjunto dentro de un mismo mercado relevante deberá ser determinado por COFECE, conforme a los elementos contenidos en el artículo 59 de la Ley.

⁴³ El mercado relevante deberá ser determinado por la COFECE, conforme a los criterios previstos por el artículo 58 de la Ley.

En Procedimiento General	En Procedimiento Especial
<p><i>Exclusivo:</i></p> <p>5. Que el agente o conjunto de agentes económicos con poder sustancial conjunto que controlan el insumo esencial <i>han negado o restringido el acceso al mismo o bien, sólo lo permiten en términos y condiciones discriminatorias.</i></p>	<p><i>No es necesario acreditarlo.</i></p>
<p>6. Que la <i>práctica</i> monopólica relativa <i>tenga o pueda tener como objeto o efecto</i>, en el mercado relevante <i>o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros agentes económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas</i> en favor de uno o varios agentes económicos.</p>	<p><i>En equivalencia a dicho requisito, se encuentra el siguiente:</i></p> <p>Que el control sobre el insumo esencial <i>pueda generar efectos anticompetitivos en el mercado relevante investigado o bien, ya haya provocado la inexistencia de condiciones de competencia efectiva dentro del mismo.</i></p>
<p>7. Que el agente o conjunto de agentes económicos con poder sustancial conjunto que controlan el insumo esencial, <i>no probaron dentro del procedimiento general, que la práctica</i> monopólica relativa <i>genera ganancias en eficiencia</i> e incide favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia, <i>superando sus posibles efectos anticompetitivos, y resulta en una mejora del bienestar del consumidor.</i></p>	<p>Que el agente o agentes económicos que controlan el insumo esencial de que se trate, <i>no hayan demostrado dentro del procedimiento especial, que dicho control genera ganancias en eficiencia</i> e incide favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia, superando sus posibles efectos anticompetitivos, y resulta en una mejora del bienestar del consumidor⁴⁴.</p>
<p>8.</p> <p>9. <i>Ponderar la gravedad de la infracción</i> en términos del artículo 130 de la Ley⁴⁵, e imponer una <i>sanción que sea proporcional con ésta.</i></p>	<p><i>En equivalencia a dicho requisito, se encuentra el siguiente:</i></p> <p>Que las medidas regulatorias que dicte, restringiendo los derechos humanos del agente o agentes económicos que controlen el insumo esencial de que se trate, <i>sean razonables, proporcionales, necesarias e idóneas, en términos de la jurisprudencia</i> de rubro “RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR</p>

⁴⁴ Entre las ganancias en eficiencia que podrán demostrar los referidos agentes económicos se encuentran las que sean resultado de la innovación en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios.

⁴⁵ Artículo 130. En la imposición de multas se deberán considerar los elementos para determinar la gravedad de la infracción, tales como el daño causado; los indicios de intencionalidad; la participación del infractor en los mercados; el tamaño del mercado afectado; la duración de la práctica o concentración; así como su capacidad económica; y en su caso, la afectación al ejercicio de las atribuciones de la Comisión.

En Procedimiento General	En Procedimiento Especial
	EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS”.
10. <i>No es necesario acreditarlo.</i>	<p><i>Exclusivo:</i></p> <p>Que los <i>lineamientos</i> que dicte para regular las modalidades de acceso al insumo esencial de que se trate, sus precios o tarifas, sus condiciones técnicas y de calidad, así como el calendario de aplicación de dichos lineamientos, <i>sean idóneos y económicamente viables para eliminar los problemas de competencia</i> que COFECE haya determinado dentro del mercado relevante investigado, así como que esas medidas específicas generarán <i>incrementos en eficiencia en los mercados.</i></p>
11. <i>Considerar si permitir el uso del insumo por parte de terceros generará eficiencia en los mercados⁴⁶.</i>	Mismo requisito.
12.	<p><i>Exclusivo:</i></p> <p>Los <i>costos</i> estimados para construir o <i>generar un insumo idéntico o similar</i> y el <i>plazo para recuperar la inversión.</i></p>
13.	<p><i>Exclusivo:</i></p> <p>Las <i>dificultades</i> que se enfrentan en los mercados <i>para obtener los principales componentes del insumo</i> y las <i>posibilidades técnicas, económicas y legales</i> de que tales componentes <i>puedan ser proporcionados de manera desagregada.</i></p>
14.	<p><i>Exclusivo:</i></p> <p>Los <i>procesos productivos en los que se emplea el insumo, así como los del o de los bienes o servicios finales</i> que se obtienen.</p>
15.	<p><i>Exclusivo:</i></p> <p>El <i>efecto en los costos del proceso productivo, en caso de que el insumo empleado sea proporcionado a terceros.</i></p>
16.	<p><i>Exclusivo:</i></p> <p>Las <i>posibilidades técnicas, económicas y legales de que los usuarios del insumo puedan obtener un bien o servicio similar en una localidad o área geográfica distinta</i> de aquella en la que se encuentra dicho insumo.</p>

⁴⁶ Artículo 8 del Anteproyecto.

En Procedimiento General	En Procedimiento Especial
17.	<p><i>Exclusivo:</i> Los avances tecnológicos en la producción del insumo, y en los bienes o servicios que se obtienen de éste.</p>

De la lectura de los nueve “*elementos legales*” y siete “*regulatorios*”⁴⁷ que el Pleno de COFECE tiene que verificar, ponderar y razonar dentro de un *procedimiento especial* para llegar a emitir medidas que regulen el acceso a determinado insumo esencial, contrastados con aquellos que tiene que acreditar y ponderar dentro de un *procedimiento general*, para poder sancionar la práctica monopólica relativa prevista por el artículo 56, fracción XII de la Ley, ordenando medidas para regular el acceso al insumo esencial utilizado para su comisión, se observa que: *seis* de ellos son *idénticos*; *dos equivalentes*; siete *exclusivos del procedimiento especial*, y uno *exclusivo del procedimiento general*.

De la revisión anterior se desprende claramente que, el *análisis* que el Pleno de COFECE llevará a cabo *para regular a determinado insumo esencial en el caso de los procedimientos especiales, resultaría mucho más exhaustivo*, lo cual se estima permitirá establecer una *medidas regulatorias más idóneas*, que en el caso de que se limitara a fijar este tipo de regulación, considerando únicamente los criterios previstos para el procedimiento general.

Adicionalmente, destaca el hecho de que *dentro del procedimiento especial*, los agentes económicos que podrían resultar afectados con las medidas regulatorias que derivaran del mismo, sí tienen la *oportunidad de presentar sus propias propuestas de medidas regulatorias* para eliminar los problemas de competencia identificados, y que el Pleno de COFECE se encuentra obligado a analizarlas y a considerarlas dentro de su resolución o bien, a justificar por qué se apartará de las mismas, situación que se considera también permitiría a dicha autoridad estar en posibilidad de dictar *medidas más acordes con la realidad concreta del agente económico, y que no se encuentra prevista dentro del procedimiento general*.

Por otro lado, de la lectura del inciso c) de la fracción VII del artículo 94 de la Ley, así como de los párrafos tercero y cuarto del mismo artículo, se desprende que *las medidas que se dicten para regular el acceso a determinado insumo esencial en el procedimiento especial son temporales*. Inclusive COFECE debe dejarlas sin efectos cuando, dentro de un procedimiento especial solicitado por el agente económico respectivo, determine que el bien o servicio (anteriormente regulado como insumo esencial), ya no reúne los requisitos para ser considerado como tal. La posibilidad de revisar las condiciones del mercado y el carácter esencial del insumo aporta a las medidas regulatorias dictadas dentro de un procedimiento especial, la *flexibilidad requerida para que sólo se encuentren vigentes cuando su aplicación sea estrictamente necesaria para promover el funcionamiento eficiente de determinado mercado*. Esta posibilidad de revisión tampoco se encuentra presente dentro del procedimiento general, lo cual podría traducirse en que la medida regulatoria impuesta como sanción de la práctica monopólica relativa prevista por la fracción XII

⁴⁷ Previstos dentro de los artículos 8 y 93, fracciones VI, VII, VIII, IX, X y XII del Anteproyecto.

del artículo 56, tuviera una vigencia excesiva y por tanto, en que se mantuviera, aun cuando las circunstancias particulares de determinado mercado demandaran otro tipo de modalidades de acceso, precios, tarifas, condiciones técnicas o de calidad para funcionar de manera más eficiente.

Por todo lo expuesto se concluye que al haberse diseñado el procedimiento especial, precisamente con el fin de emitir medidas regulatorias tendientes a promover el funcionamiento eficiente de determinado mercado, es ésta la herramienta idónea con que cuenta COFECE para regular el acceso a un insumo esencial. Se considera conveniente que dicha autoridad la utilice para ello, inclusive cuando quiera regular el acceso a los bienes y servicios involucrados en las prácticas monopólicas relativas previstas por las fracciones XII y XIII del artículo 56 de la Ley, toda vez que *mediante dicho procedimiento especial* tendría la posibilidad de dictar, únicamente las medidas proporcionales e idóneas que fuesen estrictamente necesarias para *eliminar y prevenir los efectos anticompetitivos* que un acceso restringido a los referidos insumos tendría en determinado mercado.

La idoneidad del *procedimiento especial en materia regulatoria* deriva del conjunto de elementos clave que el Pleno de COFECE debe ponderar antes de dictar las referidas medidas:

- 1.- Las propuestas de medidas correctivas tanto de la autoridad investigadora como del agente económico que controla el insumo.
- 2.- El análisis de la estructura y funcionamiento de un determinado mercado, no sólo desde la perspectiva de la autoridad y de los agentes económicos que resultarían afectados por las medidas regulatorias, sino también desde la perspectiva del resto de los agentes económicos que llegaran a colaborar con dicha investigación, y considerando adicionalmente la óptica técnica de la autoridad reguladora de sector.
- 3.- El que las modalidades de acceso al insumo esencial de que se trate, sus precios o tarifas, sus condiciones técnicas y de calidad, así como el calendario de aplicación de las mismas, sean idóneos y económicamente viables para eliminar los problemas de competencia que haya identificado la autoridad investigadora dentro del mercado relevante investigado, así como la viabilidad de dichas medidas para generar incrementos en eficiencia en los mercados.
- 4.- Si permitir el uso del insumo por parte de terceros, medianamente identificados, generará eficiencia en los mercados.
- 5.- Los costos estimados para construir o generar un insumo idéntico o similar, y el plazo para recuperar la inversión.
- 6.- Las dificultades que se enfrentan en los mercados para obtener los principales componentes del insumo y las posibilidades técnicas, económicas y legales de que tales componentes puedan ser proporcionados de manera desagregada.

- 7.- Los procesos productivos en los que se emplea el insumo esencial, así como los del o de los bienes o servicios finales que se obtienen.
- 8.- El efecto en los costos del proceso productivo, en caso de que el insumo esencial empleado sea proporcionado a terceros.
- 9.- Las posibilidades técnicas, económicas y legales de que los usuarios del insumo esencial puedan obtener un bien o servicio similar en una localidad o área geográfica distinta de aquella en la que se encuentra dicho insumo, y
- 10.- Los avances tecnológicos en la producción del insumo esencial, y en la de los bienes o servicios que se obtienen de éste.

Adicionalmente, se reitera la relevancia de que, en el procedimiento especial, COFECE cuenta con las facultades necesarias para dejar sin efectos las medidas regulatorias cuando la infraestructura objeto del proceso dejara de reunir los requisitos para ser considerada como insumo esencial. Como se indicó previamente, esta posibilidad aporta a las medidas correctivas la flexibilidad necesaria para estar vigentes únicamente en tanto sea estrictamente necesario para el buen funcionamiento del mercado.

Por último, vale la pena señalar que, además de la posibilidad legal que ya ha sido demostrada de conducir de manera simultánea el procedimiento general y el específico, los plazos previstos en el procedimiento especial facilitan en la práctica su conclusión previa a la del procedimiento general⁴⁸ –permitiendo con ello que las medidas regulatorias que en su caso se consideren necesarias sean resultado del procedimiento especial.

En atención a todo lo expuesto se concluye que, el procedimiento especial es la herramienta idónea para que COFECE dicte medidas tendientes a regular el acceso a determinado insumo esencial, así como para que las deje sin efectos, cuando su eliminación favorezca el funcionamiento eficiente de determinado mercado.

⁴⁸ La investigación en el procedimiento general puede abarcar un máximo de 600 días, resultante de que el periodo máximo de 120 días puede ser ampliado hasta por cuatro ocasiones (artículo 71). Mientras tanto, la investigación en el procedimiento especial abarca un máximo de 360 días, resultante de que el periodo máximo de 120 días puede ser ampliado hasta por dos ocasiones (artículo 94, fracción I).