

**Opinión a la Comisión Federal de Competencia Económica,
en respuesta a la consulta pública en materia de investigaciones:¹
la inclusión del derecho a elegir libremente como criterio técnico dentro del
concepto de causa objetiva.**

**Paul Nihoul²
Jorge Víctor Rodríguez Arroyo³**

La presente opinión versa sobre el anteproyecto de criterios técnicos, para el inicio de investigaciones por prácticas monopólicas y tiene como objetivo proponer la inclusión de un nuevo criterio técnico dentro del concepto de causa objetiva, como marcador de indicios de la existencia de una práctica monopólica y que al mismo tiempo, sirva de refuerzo teórico a las definiciones de mercado relevante y poder sustancial.

El criterio propuesto proviene del nuevo enfoque desarrollado recientemente por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus decisiones, en torno al concepto de elección (*concept of choice*), es decir, la “*posibilidad y al derecho de los consumidores o productores, de elegir libremente los bienes y servicios que mejor correspondan a sus necesidades o a los socios comerciales con lo que prefieren contratar*”; en France Telecom, Microsoft e Intel, así como en otros casos fundacionales.⁴

Si bien el presente documento se inspira en dicha transformación de las justificaciones de las instituciones europeas, para explicar su decisión de intervenir o no en ciertos casos; el propósito de la presente opinión consiste primordialmente en considerar posibles soportes de este concepto en el derecho mexicano, que puedan ser utilizados por la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) en sus justificaciones. Lo anterior, atendiendo a lo prescrito en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM o Constitución), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁵ el Pacto de San José de Costa Rica,⁶ la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) y sus Disposiciones Regulatorias,

¹ Visible en: <http://www.cofece.mx/index.php/consulta-publica>. Consultado el 11 de febrero de 2015.

² El autor es profesor de tiempo completo en la Universidad Católica de Louvain, Bélgica. Asimismo, es Presidente de la Asociación Académica de Derecho de la Competencia (Ascola, por sus siglas en inglés), una organización internacional sin fines de lucro que reúne académicos comprometidos con la investigación independiente en derecho y políticas de competencia (www.ascola.org).

³ Estudiante de la maestría en Derecho Internacional (y Competencia Económica), en la Universidad Católica de Louvain, Bélgica; y egresado de la licenciatura en Derecho por el Centro de Investigación y Docencia Económicas. De igual manera, colaboró como abogado en distintas áreas de la Comisión Federal de Competencia/Comisión Federal de Competencia Económica, de 2007 a 2009 y de 2012 a 2014.

⁴ Nihoul, Paul, *Freedom of Choice: The Emergence of a Powerful Concept in European Competition Law*, 5 de junio de 2012, p.1, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2077694> o bien <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2077694>.

Nihoul, Paul, *The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, páginas 521-530, publicado en línea el 15 de septiembre de 2014, disponible en: <http://jeclap.oxfordjournals.org/content/5/8/521>.

⁵ Adoptado en Nueva York, EUA., el 16 de diciembre de 1966; adhesión de México, el 23 de marzo de 1981; Decreto Promulgatorio en el Diario Oficial de la Federación (DOF), el 12 de mayo de 1981, disponible en:

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D50.pdf>. Consultado el 10 de febrero de 2015.

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969;

adhesión de México, el 2 de marzo de 1981, visible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

así como a lo establecido por la Ley Federal de Protección al Consumidor y el Poder Judicial de la Federación.

La libertad de elección en el derecho de la competencia de la Unión Europea

En el caso europeo, este concepto surge del carácter general de las reglas de competencia en sus tratados. Es precisamente este carácter lo que abre el camino a la Comisión Europea para interpretar y diseñar la política de competencia, bajo la guía y la supervisión de las cortes europeas. De este diseño deriva la importancia del derecho casuístico.⁷

Dentro del derecho europeo de la competencia, el derecho de casos más desarrollado es el referente a las prácticas monopólicas relativas del artículo 102 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Y entre los casos resueltos en aplicación de dicho ordenamiento, uno de los más importantes en el contexto del concepto de elección es el de *France Telecom*. En dicho caso, la Comisión Europea desechó el argumento principal del probable responsable estableciendo que una reducción en oportunidades de elección puede ser más importante que contar con precios bajos:⁸

*“(...) following the withdrawal from the market of one or a number of its competitors, so that the degree of competition existing on the market, already weakened precisely because of the presence of the undertaking concerned, it further reduces and customers suffer loss as a result of the limitation of the **choices** available to them”.*⁹

[Énfasis añadido]

Otra resolución de suma relevancia en el surgimiento de la elección como posible estándar es la de *Microsoft*. En esa decisión, la Comisión Europea sugirió que las agencias o comisiones deben pugnar por asegurar que los consumidores puedan elegir los productos que consideren como los mejores para satisfacer sus necesidades. Asimismo, sugirió que las agencias (europeas) deben intervenir cuando esas posibilidades son restringidas o bien únicamente amenazadas, como resultado de la conducta realizada por el agente económico con poder sustancial en el mercado relevante. Adicionalmente, en este caso destaca también el hecho que la Comisión hubiere considerado el impacto negativo de la conducta investigada en la innovación:¹⁰

*“Microsoft’s refusal to supply has the consequence of **stifling innovation** in the impacted market and of diminishing **consumers’ choice** by locking them into a homogeneous Microsoft solution.”*¹¹

⁷ Nihoul, *Freedom of Choice*, Op. Cit., págs.1 y 2.

⁸ Nihoul, *Freedom of Choice*, *Ibidem*, págs. 2 a 4.

⁹ Párrafo 112 de la decisión de la Comisión Europea, 16 de julio de 2003, relativa a un procedimiento bajo el artículo 82 EC (Caso COMP./38.233 – Wanadoo Interactive), citado por Paul Nihoul, *Loc. Cit.*

¹⁰ Nihoul, *Freedom of Choice*, *Ibidem*, págs. 4 a 6 y 24 a 27.

¹¹ Párrafo 782 de la decisión de la Comisión Europea 2007/53/EC del 24 de marzo de 2004, relativa a un procedimiento bajo el artículo 82 EC y el artículo 54 EEA (Caso COMP./C-3/37792 – Microsoft), citado por Paul Nihoul, *Ibidem*, págs. 6 y 7.

*"[I]t constitutes an abuse when an undertaking in a dominant position directly or indirectly ties its customer by a supply obligation since this deprives the customer of the **ability to choose freely his sources of supply and denies other producers access to the market**".¹²*
(Énfasis añadido)

Finalmente, el que sin duda es el caso más útil: Intel. Ello, en virtud de que dio lugar a una decisión que contiene el análisis más completo hecho hasta ahora, de la importancia de la elección en el razonamiento desarrollado por las instituciones europeas, en su interpretación del artículo relativo a prácticas monopólicas relativas. En dicha decisión, la Comisión Europea concluyó que como resultado de la conducta del presunto responsable, su competidor se había visto impedido de comercializar productos que tenían demanda, lo cual resultó en un daño a los consumidores, pues se vieron desprovistos de oportunidades de elegir en el mercado relevante.¹³

*"[E]ach original equipment manufacturers (OEMs) referred to in this section was planning the introduction of a specific AMD-based product. Such products either existed or technical development or preparations for the introduction to the market were well advanced. This was due to the fact that there was consumer demand for such AMD-based products".¹⁴ "As a consequence, AMD-based products for which there was a customer demand did not reach the market, or did not reach it at the time or in the way they would have in the absence of Intel's conduct. As a result, **customers were deprived of a choice which they would have otherwise had**".¹⁵*

*"Intel was able to use the tool of conditional rebates that were capable of inducing loyalty and thereby **limiting consumer choice** and foreclosing the access of competitors to the market".¹⁶ "As a result of Intel's rebates and payments, end-customers were artificially prevented from choosing other products on the merits (price and quality of the respective x86 CPUs), since Intel's conduct prevented the competitors' product from being offered with certain individual OEMs and with MSH. In this case, this excluded, limited or delayed AMD x86 CPUs in the market. As such, Intel's exclusionary practices had a direct and immediate negative impact on those customers **who would have had a wider price and quality choice** if they had also been offered the product of their favourite OEM and/or retailer with x86 CPUs from Intel's competitors".¹⁷*
(Énfasis añadido)

No obstante lo reciente de estos tres ejemplos, el concepto de elección o la libertad de elección, ha estado presente en las decisiones de instituciones europeas desde el primer gran caso que involucró prácticas monopólicas relativas: *United Brands*, en 1978. Esta tendencia continuó discretamente, a través de otros casos como *Hoffman-La Roche* (1979), *Michelin I* (1981), *Napier Brown* (1988), *Tetra Pak II* (1991), *Michelin II* (2001) y *Deutsche Telekom* (2003). En dichos casos, si bien el término no apareció de manera explícita, sí estuvo presente como mecanismo del artículo 82 EC (102 TFCE), en la totalidad de las veces, al momento de realizar el análisis del mercado relevante y el poder sustancial, al considerar las elecciones hechas por los consumidores

¹² Párrafo 835, *Loc. Cit.*

¹³ Nihoul, *Freedom of Choice, Op. Cit.*, págs. 7 a 9.

¹⁴ Párrafo 1677 de la decisión de la Comisión Europea del 13 de marzo de 2009, relativa a un procedimiento bajo el artículo 82 EC y el artículo 54 EEA (Caso COMP./C-3/37.990 – Intel), citado por Paul Nihoul, *Op. Cit.*, p. 8.

¹⁵ Párrafo 1679, *Loc. Cit.*

¹⁶ Párrafo 1598, *Ibidem*, p. 9.

¹⁷ Párrafo 1602, *Loc. Cit.*

o las posibilidades de bienes sustitutos para los consumidores o productores; así como al estudiar el comportamiento, buscando controlar si los consumidores seguían siendo libres de escoger otros distribuidores en partes disputadas del mercado.¹⁸

El derecho a escoger, elegir libremente o a la libre determinación económica, en el derecho mexicano

De manera inversa al derecho de la Unión Europea, así como al derecho estadounidense, el derecho mexicano de la competencia se encuentra redactado en términos muy específicos, lo cual limita significativamente la capacidad de interpretación de la autoridad. No obstante esta limitante aparente, existen otros medios alternativos en el derecho mexicano e internacional de donde se puede cimentar e incluso reforzar el concepto de elección libre de los consumidores europeo en materia de competencia, a fin de dar un mayor soporte teórico adicional a la definición de mercado relevante en el derecho de la competencia mexicano.

En la presente sección se pretende proponer los posibles soportes legales de dicho concepto, a fin de que puedan ser utilizados por la Cofece en sus justificaciones, para explicar su decisión de intervenir o no en determinados casos de prácticas monopólicas relativas.

El razonamiento propuesto ubica que la garantía de la libertad de elección encuentra su fundamentación, primeramente, en la Constitución; a continuación, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto),¹⁹ así como el Pacto de San José de Costa Rica (Pacto de San José), de los cuales México es Parte y cuyas únicas reservas, respectivamente, se refieren a: i) una cláusula interpretativa en derechos laborales;²⁰ y, ii) una cláusula interpretativa respecto al derecho a la vida, así como una reserva relativa a ministros de culto);²¹ y posteriormente, en la LFCE, a través de una inducción lógica que conecte: 1) sus elementos dispersos a través de sus artículos más generales, con los criterios para la determinación del mercado relevante y el poder sustancial; y, 2) los “*principios básicos en las relaciones de consumo*”, enlistados en la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC): la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones.²²

Respecto a la primera parte, recordemos que el artículo 1º de la CPEUM²³ establece que:

¹⁸ Nihoul, *Freedom of Choice*, *Ibidem*, págs. 9 a 13, 15 y 17.

¹⁹ “**Artículo 1.-** 1. Todos los pueblos tienen el **derecho de libre determinación**. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su **desarrollo económico, social y cultural**.

(...) 3. **Los Estados Partes en el presente Pacto** (...) **promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.**” [Énfasis añadido]

²⁰ “Al adherirse al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Gobierno de México lo hace en el entendimiento de que el Artículo 8 [derechos laborales] del aludido Pacto se aplicará en la República Mexicana dentro de las modalidades y conforme a los procedimientos previstos en las disposiciones aplicables de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de sus leyes reglamentarias”. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D50.pdf>.

²¹ Disponible en la página Internet de la Organización de los Estados Americanos:

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm.

²² Artículo 1º, numeral II, de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

²³ Párrafo reformado DOF 10-06-2011.

*“(e)n los Estados Unidos Mexicanos **todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales** de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse...”.*

Además, en su segundo párrafo, el mismo ordenamiento establece el principio *pro persona*, que “es un principio que deberá ordenar iluminar todo el ordenamiento jurídico”:²⁴

*“(...) Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia **favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.**”*

[Énfasis añadido]

A continuación, el artículo 25 de la Constitución establece que:

*“(c)orresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para **garantizar** que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y **su régimen democrático** y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo **y una más justa distribución del ingreso y la riqueza**, permita el **pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales**, cuya seguridad protege esta Constitución.”²⁵*

*“**El Estado** planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y **llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.**”²⁶*

[Énfasis añadido]

Antes de proseguir, conviene tener presente que, si bien conforme al artículo 133 de la Carta Magna, la Constitución, las leyes federales y todos los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma, tienen en el carácter de “*Ley Suprema de toda la Unión*”; el Poder Judicial de la Federación (PJF) ha aclarado que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución federal y por encima de las leyes generales, federales y locales. Lo anterior, coloca en el primer peldaño a la Constitución; en el segundo, a los tratados internacionales; y, en el tercero, a la LFCE y la LFPC.²⁷

²⁴ Medellín Urquiaga, Ximena, *Principio pro persona*, Reforma DH: Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2013, p. 16, disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos_Principio%20pro%20persona.pdf, consultado el 12 de febrero de 2015.

²⁵ Párrafo reformado DOF 28-06-1999, 05-06-2013.

²⁶ Párrafo reformado DOF 20-12-2013.

²⁷ Conforme a la tesis aislada: “*TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.*” Novena época, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XXV, abril de 2007, p. 6, tesis: P. IX-2007. Materia(s): constitucional. Registro número 172650. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, **a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además,**

Una vez dicho esto, la siguiente escala del razonamiento propuesto nos lleva a examinar el preámbulo del Pacto y su artículo 4º,²⁸ así como del preámbulo del Pacto de San José y su artículo 32,²⁹ para delimitar su campo de aplicación material y sus destinatarios. Así, se observa que en ambos se contextualiza al goce de los derechos económicos (así como los sociales y culturales) en la esfera de la persona o ser humano, a fin de que este pueda realizarse libremente y así los Estados promuevan “*el bien común*” o “*el bienestar general en una sociedad democrática*”, lo cual es muy similar a los términos recogidos en el artículo 25 de la Constitución.

Del mismo modo, los preámbulos de los pactos recuerdan que los Estados Partes se encuentran obligados por la Carta de Naciones Unidas y la Carta de la Organización de los Estados Americanos, a promover el respeto universal y efectivo de este tipo de derechos y libertades inherentes al ser humano.

A continuación, con cierta indeterminación, en el párrafo 1º del artículo 1º del Pacto, se establece que todos los pueblos tienen derecho de libre determinación y que en virtud de ese derecho establecen libremente su desarrollo económico (así como social y cultural). Este precepto pudiese parecer un tanto ambiguo si se considera que por “*pueblos*” puede entenderse al “*conjunto de personas de un lugar, región o país*” o bien a un “*país con gobierno independiente*”.³⁰ Sin embargo, el párrafo 3º del mismo artículo aclara

atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario pacta sunt servanda, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.

[Énfasis añadido]

²⁸ “**Preámbulo.- Los Estados partes en el presente Pacto,**

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que *estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana,*

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, *no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos,*

Considerando que *la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,*

Comprendiendo que *el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto,*

Convienen en los artículos siguientes: [Énfasis añadido]

“Artículo 4.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con *el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.*” [Énfasis añadido]

²⁹ “**PREÁMBULO Los Estados Americanos** signatarios de la presente Convención, **Reafirmando su propósito de consolidar** en este Continente, dentro del cuadro de **las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;**

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

(...) Reiterando que, *con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y...* [Énfasis añadido]

“Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. [Énfasis añadido]

³⁰ Diccionario de la Real Academia Española, visible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=pueblo>, consultado el 10 de febrero de 2014.

que los Estados Partes del Pacto deberán promover el ejercicio del derecho de libre determinación (para todas las personas).

Así, de una interpretación sistemática de los artículos de la Constitución con los instrumentos internacionales citados, podemos encontrar cobijo para el concepto de libertad de elección o de escoger de los consumidores, dentro del derecho humano de la libre determinación económica sugerido de manera más clara, primero por el Pacto y de manera más general, por el Pacto de San José, y recogidos de manera dispersa en los artículos 25 y 28 de la CPEUM. Ello en atención a que pareciera que el propio artículo 1º de la Constitución le otorga un contenido equivalente a los primeros, con otros derechos constitucionales recogidos en los segundos artículos mencionados.

No obstante, también podría alegarse que la libre determinación económica es meramente un derecho humano de los llamados de “segunda generación”, junto a los derechos sociales y culturales. Sin embargo, ello no le resta fuerza al hecho que en el artículo 1º de la Constitución no se hace distinción entre estos y los de “primera generación”.

Ello convierte a la garantía individual de libertad de elegir o escoger o de libre determinación económica, junto a los derechos civiles, políticos, sociales y culturales, en parte de la misma familia de “derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes” entre sí, y entre los cuales el avance de uno facilita el avance de otros, así como de la misma manera, que su privación afecta negativamente a los demás.³¹ Como ejemplos de esta familia de derechos y libertades se pueden citar al derecho a votar y ser votado para todos los cargos de elección popular (art. 34 CPEUM), al ejercicio de la libertad de comercio (Art. 5 Constitución)³² o bien al derecho a elegir libremente los bienes y servicios que mejor correspondan con nuestras necesidades (arts. 25 y 28 CPEUM),³³ si se mira al derecho de la competencia y la libre concurrencia como la otra cara de la moneda del derecho de la libre determinación económica.

³¹ Página de Internet de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *¿Qué son los derechos humanos?* Visible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>, consultado el 9 de febrero de 2014.

³² “**Artículo 5o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.**

(...) **El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.**” [Énfasis añadido]

³³ “**Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, la (sic DOF 03-02-1983) prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a los (sic DOF 03-02-1983) prohibiciones a título de protección a la industria.**

En consecuencia, **la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.**” Párrafo reformado DOF 11-06-2013.

(...) **La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.**” [Énfasis añadido]

De esta manera, el último peldaño de nuestro razonamiento nos lleva a proponer hacer una interpretación armónica y sistemática de los ordenamientos citados de la Constitución y los pactos, con los artículos 1,³⁴ 2,³⁵ 12, fracciones XXVII y XXVIII,³⁶ 54³⁷, 56³⁸, 58³⁹ y 59⁴⁰ de la LFCE, así como 5⁴¹ y

³⁴ “**Artículo 1. La presente Ley** es reglamentaria del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de libre competencia, competencia económica, monopolios, prácticas monopólicas y concentraciones, **es de orden público e interés social, aplicable a todas las áreas de la actividad económica** y de observancia general en toda la República.” [Énfasis añadido]

³⁵ “**Artículo 2. Esta Ley 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, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre competencia y la competencia económica, y demás **restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.**” [Énfasis añadido]

³⁶ “**Artículo 12.** La Comisión tendrá las siguientes atribuciones:

(...) XXVII. **Establecer mecanismos de coordinación con Autoridades Públicas en materia de políticas de libre competencia y competencia económica y para el cumplimiento de las demás disposiciones de esta Ley u otras disposiciones aplicables;**

(...) XXVIII. **Ejercitar las acciones colectivas** de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles;” [Énfasis añadido]

³⁷ “**Artículo 54.** Se consideran prácticas monopólicas relativas, las consistentes en cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que:

I. Encuadre en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 56 de esta Ley;

II. Lleve a cabo uno o más Agentes Económicos que individual o conjuntamente tengan poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica, y

III. Tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos.” [Énfasis añadido]

³⁸ “**Artículo 56.** Los **supuestos** a los que se refiere la fracción I del artículo 54 de esta Ley, consisten en cualquiera de los siguientes:

I. Entre Agentes Económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, **imposición** o establecimiento **de** la comercialización o **distribución exclusiva de bienes o servicios**, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la **imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios** por un tiempo determinado o determinable;

II. La **imposición del precio o demás condiciones** que un distribuidor o proveedor deba observar al prestar, comercializar o distribuir bienes o servicios;

III. La venta o **transacción condicionada** a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio, normalmente distinto o distinguible o sobre bases de reciprocidad;

IV. La venta, compra o **transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;**

V. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender, comercializar o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;

VI. La concertación entre varios Agentes Económicos o la invitación a éstos para ejercer **presión contra algún Agente Económico o para rehusarse a vender, comercializar o adquirir bienes o servicios a dicho Agente Económico, con el propósito de disuadirlo** de una determinada conducta, aplicar represalias **u obligarlo** a actuar en un sentido determinado;

VII. La venta por debajo de su costo medio variable o la venta por debajo de su costo medio total, pero por arriba de su costo medio variable, si existen elementos para presumir que le permitirá al Agente Económico recuperar sus pérdidas mediante incrementos futuros de precios, en los términos de las Disposiciones Regulatorias;

VIII. El otorgamiento de **descuentos, incentivos o beneficios por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero**, o la compra o transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción;

IX. El uso de las ganancias que un Agente Económico obtenga de la venta, comercialización o prestación de un bien o servicio para financiar las pérdidas con motivo de la venta, comercialización o prestación de otro bien o servicio;

X. El establecimiento de distintos precios o condiciones de venta o compra para diferentes compradores o vendedores situados en condiciones equivalentes;

XI. La acción de uno o varios Agentes Económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u **obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan otro u otros Agentes Económicos;**

XII. La **deneqación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias a un insumo esencial** por parte de uno o varios Agentes Económicos, y

XIII. El estrechamiento de márgenes, consistente en **reducir el margen existente entre el precio de acceso a un insumo esencial provisto por uno o varios agentes económicos y el precio del bien o servicio ofrecido al consumidor final por esos mismos agentes económicos**, utilizando para su producción el mismo insumo.

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.” [Énfasis añadido]

³⁹ “**Artículo 58.** **Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios: I. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros**, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, **en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;**

II. **Los costos de distribución** del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y **de sustitutos** desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las

6⁴² de sus Disposiciones Regulatorias; al igual que con los artículos 1^o,⁴³ 10, segundo párrafo,⁴⁴ 20⁴⁵ y 26⁴⁶ de la LFPC. Dicha interpretación deberá hacerse a la luz del beneficio del interés colectivo; a fin de contar con mercados eficientes en todas las áreas de la actividad económica de la República

restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

III. Los costos y las **probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados**;

IV. Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos;

V. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión." [Énfasis añadido]

⁴⁰ "Artículo 59. **Para determinar si uno o varios Agentes Económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante**, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras Leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos: I. Su participación en dicho mercado y **si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder. Para determinar la participación de mercado, la Comisión podrá tener en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva, así como cualquier otro factor que considere pertinente**;

II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

III. **La existencia y poder de sus competidores**;

IV. **Las posibilidades de acceso del o de los Agentes Económicos y sus competidores a fuentes de insumos**;

V. El comportamiento reciente del o los Agentes Económicos que participan en dicho mercado, y

VI. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión." [Énfasis añadido]

⁴¹ "Artículo 5. Para efectos de la fracción II del artículo 59 de la Ley, son **elementos que pueden considerarse como barreras a la entrada**, entre otros:

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 requiera para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos;

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

VI. Las **restricciones constituidas por prácticas comunes de los agentes económicos ya establecidos en el mercado relevante**; y

VII. Los actos de Autoridad Pública o disposiciones jurídicas que discriminen en el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos a ciertos productores, comercializadores, distribuidores o prestadores de servicios." [Énfasis añadido]

⁴² "Artículo 6. **Para determinar si uno o varios agentes económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante**, de conformidad con la fracción VI del artículo 59 de la Ley, se deben considerar los criterios siguientes:

I. **El grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado relevante**;

II. La **falta de acceso a importaciones** o la existencia de costos elevados de internación; y

III. La **existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores**." [Énfasis añadido]

⁴³ "Artículo 1.- La presente ley es de orden público e interés social y de observancia en toda la República. Sus disposiciones son irrenunciables y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas, convenios o estipulaciones en contrario.

El objeto de esta ley es promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

(...) Son **principios básicos en las relaciones de consumo**:

(...) II. La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la **libertad para escoger y la equidad en las contrataciones**;

(...) IV. La efectiva **prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos**;

(...) **Los derechos previstos en esta ley no excluyen otros derivados de tratados o convenciones internacionales de los que México sea signatario; de la legislación interna ordinaria**; de reglamentos expedidos por las autoridades administrativas competentes; **así como de los que deriven de los principios generales de derecho**, la analogía, las costumbres y la equidad." [Énfasis añadido]

⁴⁴ "Artículo 10.- "(...) **Los proveedores no podrán aplicar métodos o prácticas comerciales coercitivas y desleales**, ni cláusulas o condiciones abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos o servicios." [Énfasis añadido]

⁴⁵ "Artículo 20.- **La Procuraduría Federal del Consumidor** es un organismo descentralizado de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio. Tiene funciones de autoridad administrativa y **está encargada de promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores**. Su funcionamiento se regirá por lo dispuesto en esta ley, los reglamentos de ésta y su estatuto." [Énfasis añadido]

⁴⁶ "Artículo 26.- **Cuando se realicen actos**, hechos u omisiones **que vulneren derechos e intereses de una colectividad o grupo de consumidores**, la Procuraduría, así como **cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles** [CFPC], **podrán ejercitar la acción colectiva** de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código." [Énfasis añadido] Artículo reformado DOF 04-02-2004, 30-08-2011.

mexicana y la preponderancia de proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la sanción de las prácticas monopólicas; en beneficio de “*la libertad de los consumidores para elegir y tomar decisiones racionales en el mercado*”.⁴⁷ Ello no solo puede servir para justificar el inicio de una investigación por práctica monopólicas, por parte de la Cofece (su facultad investigadora); sino también como el mecanismo de encendido, los cimientos o bien, como el abono para preparar el terreno, para el ejercicio de su facultad de iniciar acciones colectivas, de conformidad con el inciso XXVIII, del artículo 12 de la LFCE.⁴⁸

Además, la inclusión de términos como la posible violación a la “*libertad para escoger o la equidad en las contrataciones*”, funcionará como engrane entre las distintas atribuciones y procedimientos de la Cofece y la Profeco. Recordemos que si bien dichas atribuciones se encuentran delimitadas, son complementarias. Ello, en atención a que desde sus respectivos ámbitos de competencia, ambas instituciones inciden en la protección de los derechos de los consumidores. Con esta inclusión, la relación entre el derecho de la competencia y el derecho del consumidor se volvería más dinámica y efectiva.

Por esta razón, otra posibilidad sería explorar la vía del artículo 26 de la Constitución, apartado A,⁴⁹ ligado al artículo 25, así como a todas sus ramificaciones: Planeación Democrática del Desarrollo nacional, Plan Nacional de Desarrollo, el Programa Nacional de Protección a los Derechos del Consumidor 2013-2018 (PNPDC), Convenio de Colaboración celebrado entre la Profeco y la Cofece. Concomitantemente, todo lo cual llevaría a la subsecuente contribución de la Cofece, al desarrollo del Sistema Nacional del Consumidor y al fortalecimiento de la Red inteligente de Atención al Consumidor.

Por sí solo, el acuerdo por el que se aprueba el PNPDC está lleno de instrumentos teóricos y mecanismos que la Cofece podría aprovechar para cumplir con su misión, a través de los caballos de la Profeco. Como bien lo menciona el acuerdo, a diferencia del conjunto de instituciones que inciden desde sus ámbitos de competencia en la protección y promoción de los derechos del consumidor, como la Cofece y otras,⁵⁰

⁴⁷ *Convenio de colaboración celebrado entre la Profeco y la Cofece* de 19 de mayo de 2014, Declaraciones de las partes II.3 (sic), disponible en: <http://www.cofece.mx/index.php/normateca>, consultado el 12 de febrero de 2015.

⁴⁸ **Artículo 585 CFPC.- “Tienen legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas:** I. La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y **la Comisión Federal de Competencia;** II. El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros; III. Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código, y IV. El Procurador General de la República.” [Énfasis añadido] Artículo adicionado DOF 30-08-2011.

⁴⁹ “**Artículo 26. A.** El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.” Párrafo reformado DOF 05-06-2013.

⁵⁰ Tales como la Secretaría de Turismo (SECTUR), la Comisión Federal de Electricidad (CFE), Petróleos Mexicanos (PEMEX), la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT), el Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad (SENASICA), el Instituto Mexicano de la Propiedad industrial (IMPI), la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) y el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT).

“la Profeco cuenta con presencia en toda la república mediante delegaciones, subdelegaciones y unidades de servicios en las principales ciudades del país. Ello le da margen para que se establezca el Sistema Nacional de Protección al Consumidor, con una Política Pública transversal para la atención y protección del consumidor, donde Estados, municipios y Gobierno Federal interactúen coordinadamente. Debe liderar las acciones para llegar a las comunidades del país y verificar y evitar la actividad abusiva de los proveedores.”

Es por todo lo anterior, que el trabajo de la Profeco, además de proteger al consumidor, deberá potenciar su papel como coordinador de esfuerzos en materia de políticas de protección al consumidor en beneficio de los consumidores y por ende en el fortalecimiento del mercado. Los convenios de trabajo, participación y coordinación que celebre con las anteriores Instituciones fortalecerán la armonía de las relaciones entre consumidores y proveedores.”⁵¹

Adicionalmente, y de la misma manera en que un haz de luz blanca que al atravesar un prisma de cristal refracta los siete colores que normalmente no son directamente visibles para el ojo humano; el derecho a escoger o elegir libremente de los consumidores o productores, puede ser inducido lógicamente, a través de los propios efectos restrictivos de la conducta anticompetitiva que encuadre en alguno de los supuestos del artículo 56 de la LFCE; así como con los criterios para la determinación del mercado relevante y el poder sustancial, contenidos en los artículos 58 y 59 del mismo ordenamiento; y sus artículos accesorios en las Disposiciones Regulatorias. De dichos supuestos, a *contrario sensu*, puede extraerse el principio general que en ellos está implícito: que la transgresión al derecho de los consumidores de elegir libremente, constituye un indicio de la existencia de una práctica monopólica.

Independientemente de todo lo anterior, la principal importancia práctica de incluir la contravención del derecho a escoger, elegir o a la libre determinación económica como criterio técnico para justificar el inicio de una investigación por práctica monopólicas, radica en que facilita la labor de la Cofece al ejercitar su facultad investigadora. Ello, toda vez que cualquier distorsión al libre ejercicio de elegir de los consumidores, cuando es provocada por un agente económico dominante en el mercado relevante, puede constituir una circunstancia cierta de la existencia de una práctica monopólica relativa.

Visto desde otras perspectivas, el derecho de los consumidores o productores, a elegir libremente con quien comprar o contratar los bienes y servicios que mejor correspondan a sus necesidades, puede ser considerado como la materia oscura de la libre competencia y la competencia económica o su lado oculto; su condición *sine qua non* escondida “*en el corazón de la definición de mercado relevante*”;⁵² su último fin dicho con otras palabras; el puente que la conecta con su disciplina hermana; o bien, como el funcionamiento eficiente de los mercados, pero dicho al revés. Del mismo modo, se puede afirmar que este concepto guarda una relación inversamente proporcional con los efectos de la

⁵¹ Visible en la página Internet de la Profeco:
http://www.profeco.gob.mx/PDFs/4%20Programa%20Nacional%20de%20Protecci%C3%B3n%20a%20los%20Der echos%20del%20Consumidor%202013_Direcci%C3%B3n%20Gral.%20Planeaci%C3%B3n_Liliana%20Ulloa_072914.pdf.

⁵² Nihoul, *Freedom of Choice*, Op. Cit., p. 17.

conducta investigada; o que se encuentra en el lado opuesto de la balanza de los criterios que sirven para medir el mercado relevante y el poder sustancial. Todas ellas constituyen razones por las cuales, este concepto omnipresente en el derecho de la competencia, puede servir de gran utilidad a la autoridad como hilo conductor en sus justificaciones.