
POLÍTICAS DE COMPETENCIA Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: Hacia una convergencia necesaria

Políticas de competencia y protección al consumidor: Hacia una convergencia necesaria.

Autor: Bernardo Altamirano Rodríguez | Presidente de Central Ciudadano y Consumidor

México 2013

D.R. 2013, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC)

Jaime Balmes No. 11 Edificio D, 2o. piso Col. Los Morales Polanco, 11510 México, D.F.

T. +52 (55) 5985 1010

www.cidac.org

Usted puede descargar, copiar o imprimir este documento para su propio uso y puede incluir extractos en sus propios documentos, presentaciones, blogs, sitios web y materiales docentes, siempre y cuando se dé el adecuado reconocimiento al autor y CIDAC como fuente de la información.

El documento en formato digital se encuentra disponible en:

<http://www.cidac.org>

<http://reddecompetencia.cidac.org>

“Este documento ha sido posible gracias al apoyo del pueblo de los Estados Unidos a través de la Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID). Su contenido es responsabilidad del autor y no refleja necesariamente el punto de vista de USAID o del Gobierno de los Estados Unidos de América.”

ACERCA DE CIDAC

El Centro de Investigación para el Desarrollo A.C. (CIDAC) es un think tank independiente, sin fines de lucro, que realiza investigaciones y presenta propuestas viables para el desarrollo de México en el mediano y largo plazo. Su objetivo es contribuir, mediante propuestas de políticas públicas, al fortalecimiento del Estado de Derecho y a la creación de condiciones que propicien el desarrollo económico y social del país, así como enriquecer la opinión pública y aportar elementos de juicio aprovechables en los procesos de toma de decisión de la sociedad.

El CIDAC cuenta con un patronato responsable de la supervisión de la administración del Centro y de la aprobación de las áreas generales de estudio. Sin embargo, las conclusiones de los diversos estudios, así como sus publicaciones, son responsabilidad exclusiva de los profesionales de la institución.

ACERCA DE LA RED MEXICANA DE COMPETENCIA Y REGULACIÓN

La Red Mexicana de Competencia y Regulación es un proyecto que reúne a destacados profesionales de varias instituciones que comparten su interés por el análisis de las cuestiones de competencia y regulación de la economía mexicana.

ABSTRACT

In order to achieve more impact and effectiveness of public policies regarding consumer protection –law compliance, abusive practices, fault advertising, fraud prevention, education- it is necessary to align them with the antitrust policies. Moreover, this alignment should be done under the authority of a single and enhanced institution. For these purposes, this study shows the interfaces and overlaps between both policies, comparing at the same time the institutional arrangements in different countries; systematizing the principles of both policies under the Mexican Constitution framework; and analyzing the specific functions that should be applied in the construction of a whole comprehensive consumer’s agenda in Mexico. It is important to notice that this study is not focused in the institutional design but in drawing an optimal policy alignment in the matter.

RESUMEN

El objeto del presente estudio consiste en argumentar la conveniencia de fusionar bajo una misma institución pública las funciones de competencia económica y de protección de los consumidores, para así contar con una autoridad que pueda alinear ambas políticas públicas y tener resultados más eficaces. Asimismo, mostrar que desde el punto de vista del desarrollo de nuestro mercado, en general, y consumidores, en particular, es el momento de consolidar los esfuerzos hechos por varias décadas, para fortalecer una cultura que promueva ambos principios y que no se contrapongan.

Para estos propósitos, se revisará el arreglo institucional en diferentes países, se sistematizarán los elementos que la Constitución tutela y se presentarán funciones específicas que se aplican para proteger al consumidor, que podrían potenciarse al otorgarle un nivel de protección del mercado. En todo este estudio se ha tenido el cuidado de no confundir lo óptimo de una política pública, con lo vigente en cuanto al marco jurídico. De igual forma, las propuestas son en torno a las funciones, sin embargo no se plantea un diseño institucional.

Sin duda alguna, la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), no sólo por su mayor antigüedad, sino por las funciones sociales que realiza, tiene una mayor cercanía con la ciudadanía que la Comisión Federal de Competencia (CFC). Cuenta con un posicionamiento social que ambicionan muchas otras instituciones públicas. No obstante, esta fuerza de imagen representa un problema ante el crecimiento y dinamismo de nuestra economía: se presenta la percepción de un Estado protector y benefactor, por encima de la soberanía de los consumidores, que se desarrollan a partir de su libertad de elección, responsabilidad individual y capacidad de denuncia en un mercado enmarcado por una competencia económica vigorosa.

De ahí que el presente estudio propondrá la fusión de ambas instituciones, lo cual no sólo incidirá en políticas públicas más eficaces, sino también en profundizar en el impacto social y cultural del camino que México emprendió hace 20 años y hacia el cual debemos dirigirnos con gran contundencia: al de promover la mayor competencia en donde el consumidor sea el soberano.

INTRODUCCIÓN¹

El desarrollo de instituciones jurídicas y de modelos económicos definen las formas mediante las cuales diferentes agentes participan en la productividad y cómo se delimitan las relaciones entre estos². Los agentes más relevantes son: Estado, empresa y consumidores. Los cambios en el modelo de defensa y promoción de los derechos de los consumidores son también correlativos a modificaciones en las prácticas e instituciones económicas. En la década de los setenta el mundo atravesaba la Guerra Fría, en la que dos modelos económicos antagónicos buscaban imponer su visión de mercado, consumidor e intervención gubernamental. Bajo esta óptica, el Estado era responsable de velar por el poder adquisitivo de los consumidores, para lo cual limitaba de manera estricta la libertad empresarial, controlaba precios y producía gran cantidad de bienes y servicios. Adicionalmente, el Estado era responsable de tutelar la competencia en los mercados, pues la libre participación de los actores permitía obtener mejores precios y ampliar la libertad de elección y así maximizar el bienestar de los consumidores³.

En México, la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) nace en 1976 justo en medio de este debate. En esa época, nuestra economía era cerrada y dirigida, la competencia económica era muy limitada y prevalecían los controles de precios. Las prácticas anteriores fueron interpretadas por el Estado mexicano como la fórmula idónea para defender los intereses económicos de los consumidores, siendo estos parte de sus derechos básicos. En este marco, la PROFECO ejerció una función de control y coerción, mediante sus visitas de verificación y vigilancia, con las cuales buscaba asegurar el cumplimiento de esta visión económica.

En este contexto, la PROFECO nació con un diseño institucional centralista, excluyente y basado en desgastantes mecanismos persecutorios, mismos que polarizan, por un lado los derechos de los consumidores, y por otro, a las empresas. Lo anterior sin duda generó desconfianza entre ambas partes y sobre todo frente el mercado.

Con el paso del tiempo, México fue abriendo gradualmente sus puertas comerciales y cambiando su visión económica. En 1993 nace la Comisión Federal de Competencia Económica (CFC), cuya función clave es combatir las prácticas monopólicas y anticompetitivas. El libre

1 Estos antecedentes fueron planteados el pasado 30 de abril de 2013 en el periódico Reforma bajo el título: "¿Cuál es el futuro de la PROFECO?", el artículo se puede consultar en línea: www.reforma.com/editoriales/negocios/698/1394987/

2 Al respecto ha escrito ampliamente José Roldán Xopa en Constitución y Mercado, Editorial Porrúa, 2004.

3 Altamirano, Bernardo, Derechos Básicos de los Consumidores, Mercado Global y Derechos Humanos. El caso de México, abril de 2013 y por publicarse.

mercado comenzó a consolidarse, el control de precios se fue desvaneciendo y la CFC se perfilaba para ser la protagonista en aras de garantizar la libre competencia.

Ambas instituciones continuaron con un desarrollo independiente, lo cual ha incidido en la cultura económica del país. Por un lado, la PROFECO se ha podido vincular más directamente con la ciudadanía, pues no sólo es responsable de protegerla mediante mecanismos de resolución de disputas, de verificación y de sanción, sino que le ha brindado instrumentos de información y comunicación muy valiosos. Desde comparativos de precios (Quién es Quién en los Precios), productos (Estudios de Calidad del Laboratorio del Consumidor), hasta elementos más integrales como sus programas de radio y televisión, así como la Revista del Consumidor y el reciente Portal del Consumidor. En cambio, la CFC cuenta con pocos mecanismos de comunicación directa con el consumidor y sus contenidos parecen estar más enfocados a un auditorio con un conocimiento técnico más sofisticado como son firmas de abogados y empresas.

La anterior diferencia parece natural, pues a más gente le interesa saber qué producto representa un daño en su hogar, que conocer si una fusión entre dos empresas implica una concentración. La racionalidad del consumidor le incentiva más a velar por sus intereses que por los de un ente abstracto denominado competencia. Pero debe entender que la protección e impulso de esta última le permite ampliar su satisfacción y ejercer mejor sus derechos.

La historia de ambas instituciones nos obliga a plantear cuál es la forma más eficaz de que generen mayor impacto social, económico y cultural. Al final de cuentas, México lleva más de 20 años dirigiéndose a un modelo de mayor competencia y esto debe permear en la sociedad de manera uniforme.

SECCIÓN 1. Las políticas de competencia y de protección del consumidor

Las políticas de protección al consumidor y las de competencia económica son complementarias, así se ha reconocido por la mayoría de los expertos en el tema, las autoridades y los organismos internacionales, como es el caso de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁴. Si bien ambas buscan promover el bienestar del consumidor, sus instrumentos institucionales y enfoques varían, incluso llegando a sobreponerse, en tanto una medida de protección del consumidor puede afectar la competencia y viceversa. Mientras ambos tienen el objetivo común de promover el bienestar del consumidor, sus técnicas y enfoques varían. Las políticas de competencia buscan motivar y asegurar un alto nivel de rivalidad entre proveedores, permitiendo así a los consumidores contar con una mayor posibilidad de elección y mejores precios. Las políticas que permiten a los consumidores tomar decisiones informadas en los mercados pueden entonces también coadyuvar con la competencia. Así, efectivas políticas de competencia ayudan a proteger consumidores y viceversa.

Desde una perspectiva de economía de mercado, si los gobiernos deben fomentar las condiciones económicas que impulsen la competencia y así beneficiar a los consumidores, ¿cuál es el objetivo y alcance de las políticas de competencia y de protección al consumidor, que conllevan a restricciones a la libertad empresarial y de mercado?

Si partimos del principio de que el libre mercado amplía el bienestar del consumidor, preliminarmente podemos afirmar que ambas políticas deben prevenir o corregir fallas de mercado. Sin duda alguna, entre las deficiencias más relevantes se encuentran la falta de competencia y la información incompleta o sesgada que afecta a los consumidores en su toma de decisiones. Estas dos fallas afectan tanto a la competencia económica, como al bienestar y derechos de los consumidores, lo que propicia la intervención del Estado.

En este sentido, alinear ambas políticas permite entender mejor el desenvolvimiento del mercado y corregir con mayor eficacia sus deficiencias. Del lado de la oferta, la misión es prevenir concentraciones y combatir prácticas anticompetitivas. En cuanto a la demanda, el objetivo es proteger a los consumidores de prácticas comerciales abusivas, inequitativas, engañosas o fraudulentas, así como brindarles la información más eficiente para su toma de decisiones, la cual es más accesible en mercados competitivos y transparentes.

⁴ Se trata del Consumer Policy Toolkit y de la Guía para Evaluar la Competencia.

La autoridad dispone de diferentes herramientas para enfrentar fallas de mercado. Según la OCDE éstas son las principales.

Lado de la Demanda	Lado de la Oferta
Fortalecer al consumidor.	Evitar y combatir concentraciones y prácticas anticompetitivas.
Fomentar la calidad de la información.	Establecer estándares de productos.
Propiciar equidad contractual.	Desarrollar y fomentar códigos de conducta y comportamiento de empresas.
Avanzar en la educación del consumidor.	Determinar licencias y acreditaciones.

En ambos lados, encontramos los mecanismos de resolución de disputas, que pueden variar en procedimientos y órganos competentes para atenderlos.

A partir de estas herramientas, la misma OCDE ha identificado que la mayor parte de sus países miembros han desarrollado políticas públicas e instrumentos que permiten a los consumidores tomar decisiones más acertadas mediante profundizar en la transparencia del mercado para que los consumidores dispongan de mayor información. Sin duda alguna, alinear ambas políticas permite transparentar cada vez más el mercado; sistematizar y ordenar mejor la información, tanto a nivel macro, como desde lo local; y así el consumidor podrá tener mayores elementos para su óptima toma de decisiones⁵.

Como lo mencionó públicamente el Dr. José Roldán Xopa: “con transparencia e información, el consumidor se convierte en el verdadero soberano del mercado”. A lo cual la OCDE agregaría que es la efectiva manera en que el consumidor se convierta en el transformador de la innovación, productividad y competencia:

Para que los consumidores sean factores de cambio económico y del performance de los mercados, se requiere un efectivo régimen de políticas de consumidor, en donde éstos estén protegidos de prácticas desiguales/inequitativas en el mercado, que se encuentren en una posición para tomar decisiones bien informadas y que tanto éstos como las empresas estén conscientes de sus derechos y responsabilidades⁶.

Es importante recordar que el desarrollo y ejecución de las políticas mencionadas se fundamentan tanto en tratados internacionales como en el derecho interno, los cuales tienden a

⁵ Dada la importancia de la información, más adelante retomaremos cómo la fusión de ambas políticas es estratégica para combatir uno de las principales amenazas a ésta: la publicidad engañosa.

⁶ OCDE (2010). Consumer Policy Toolkit. OCDE Publishing.

restringir los principios de las relaciones civiles y mercantiles —donde prevalece la voluntad de las partes— y por tanto acotan la libertad empresarial. Lo anterior se ha justificado en la medida en que los derechos de los consumidores son de interés social y público, y por tanto irrenunciables, mientras que la competencia económica, es solamente de interés público.

Por eso, las restricciones a la libertad empresarial que se justifican en la protección de los consumidores y en la competencia económica deben estar bien alineadas para evitar afectaciones al mercado. Por ejemplo, veamos ahora una selección de temas que son materia de las políticas de competencia pero que tienen impacto directo en los consumidores:

- A. Limitaciones a la capacidad de competir de los proveedores (regulaciones que limitan la publicidad, estrategias de comercialización, establecimiento de normas o estándares de calidad, controles de precios), que son decisiones que pueden reducir el nivel de rivalidad, lo que desemboca en precios elevados y menor variedad de productos para los consumidores.
- B. Controles de precios de venta de bienes y servicios (monopolios, servicios públicos).
- C. Restricciones a la publicidad y comercialización.
- D. Costos por cambios de proveedores, como el caso de plazos fijos en cláusulas contractuales.

Estos casos serán analizados a la luz de experiencias mexicanas, donde se mostrará la correlación entre ambas políticas.

Por último, es relevante mencionar el creciente papel que tienen políticas de autorregulación, correulación y definición de estándares que son elementos que desde la empresa han contribuido a generar mejores condiciones en el mercado, más información y a reducir costos de implementación, entre varios aspectos positivos.

Todos los elementos anteriores son los que determinan el adecuado diseño, planeación, ejecución y evaluación de políticas de protección del consumidor y competencia. Implica construir agendas de largo plazo entre todos los agentes, con responsabilidades claras y definidas, en donde se participe en la educación y capacitación de empresa y consumidores, comunicación eficaz, para que así la sanción sea efectivamente la última ratio.

SECCIÓN 2. La protección constitucional de la competencia económica y del consumidor en el derecho mexicano

Nuestra Constitución define el marco normativo que da fundamento a los sistemas de competencia económica y protección al consumidor. En este ensayo, no se realizará un estudio jurídico exhaustivo, sino una sistematización de los elementos que hoy en día le han dado vigencia a nuestro debate jurídico, particularmente a lo que se refiere a la interpretación judicial de la Constitución. De esta manera, definiremos los ejes normativos de una política integral.

En la cúspide tenemos el Art. 25 de la Constitución, que define que al Estado le corresponde la rectoría del desarrollo nacional —Rectoría Económica del Estado—, donde convergen los sectores público, privado y social. Si bien, en estos elementos no aparece específicamente el término “consumidor”, sí determina que el objetivo de dicha rectoría es que permita el “pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos (...) cuya seguridad protege esta Constitución”. Adicionalmente, el mismo artículo establece que las funciones de regulación del Estado tendrán como objeto que los ciudadanos puedan ejercer y ampliar sus libertades. Estos dos últimos aspectos son clave en el marco de las reformas al Art. 1º constitucional en el que se establece el Principio Pro Persona, pues ubica al consumidor en una posición central en la competencia económica y en la regulación.

Por otro lado, con las recientes reformas al Art. 28 constitucional⁷, se definen con mayor claridad las funciones y órgano en materia de competencia económica:

El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.

⁷ Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013.

De esta reciente reforma, se eleva la tutela de la eficiencia de los mercados al ámbito constitucional, pues ya era contemplado en el ámbito legal, lo que sin duda refrenda el rumbo emprendido en torno a una visión de economía de mercado.

Por último, el mismo artículo 28 constitucional abre la puerta a la protección de los consumidores, de una manera tímida, pero suficiente: “La Ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses”. Lo anterior es el fundamento de la Ley Federal para la Protección de los Consumidores, la cual por un lado define los derechos básicos de los consumidores y las obligaciones de la empresa; por otro, enmarca las facultades de la autoridad en la materia —la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) — como un organismo descentralizado del Ejecutivo Federal bajo la coordinación sectorial de la Secretaría de Economía.

Un aspecto adicional y que fue producto de una reciente reforma al Art. 17 de la Constitución, es la creación de la figura de las acciones colectivas, mismas que conllevaron a múltiples reformas legales y entraron en vigor en marzo de 2011. Con esta reforma se eliminó el monopolio de las acciones colectivas que en materia del consumidor se encontraba otorgado a la PROFECO y son ahora los propios consumidores quienes, bajo condiciones estrictas, pueden presentar sus demandas ante el Poder Judicial Federal⁸. Hasta el momento el escaso ejercicio de acciones colectivas en materia de protección al consumidor y competencia no nos permite medir su impacto real en aras de lograr un mercado más confiable.

El anterior marco constitucional y legal se ha vuelto más dinámico en los años recientes; a pesar de no contar aún con una riqueza jurisprudencial sobre temas de fondo como ha sucedido en otros países, las decisiones judiciales existentes nos permiten identificar cuáles son los principales elementos del debate judicial, los principales puntos de conflicto en las interpretaciones entre autoridades y empresa, y las fórmulas que empieza a advertir el Poder Judicial para ampliar la protección de los consumidores y la competencia económica⁹.

En materia de competencia económica, uno de los criterios pioneros se establecieron en el marco del amparo en Revisión 2589/96, donde la quejosa fue el Grupo Warner Lambert México, S. A. de C. V., caso mejor conocido como Clarks vs Chiclets. No revisaremos ni la resolución de la CFC, ni exhaustivamente el amparo, sino que retomaremos algunos argumentos y referencias que se encuentran en la sentencia:

⁸ Antes de las acciones colectivas, existía la figura de las acciones de grupo, que solo podían ser recurridas por parte de PROFECO. Por tanto, ahora se abre la oportunidad de darle mayor pluralidad a los enfoques, prioridades y argumentos jurídicos para defender los derechos de los consumidores.

⁹ En el terreno de la competencia económica existe un contraste respecto de la experiencia de EUA donde observamos una frecuente y determinante participación del Poder Judicial, quien a través de sus resoluciones establece amplios precedentes de fondo y forma en el combate de prácticas anticompetitivas, mientras que aquí en México es mucho más escaso y la gran mayoría recae en la CFC.

- El artículo 28 en su parte de prohibición de monopolios, encuentra su origen en la Constitución de 1857. El constituyente de 1857 concibió a los monopolios como contrarios a la libertad individual en materia económica; el de 1917 además los consideró como ataques a bienes de la colectividad que debían ser reprimidos.
- La evolución normativa en la materia, revela que nuestro sistema constitucional se ha orientado por la prohibición no solamente de los monopolios, sino de todos aquellos actos que tiendan a impedir la libre concurrencia en el mercado. La Corte agrega: las restricciones a la competencia perturban precios.
- La Ley (de Competencia) no prohíbe actos anticompetitivos en función de consecuencias benéficas que de ellos derivaran, sino en atención a la lesión que causarían al bien jurídico tutelado, a saber, la competencia y libre concurrencia, en las que está interesada la sociedad.

Si bien existen otros precedentes judiciales de fondo en materia de competencia económica, no realizaremos mayor referencia en el presente documento toda vez que no guardan relación con la interconexión entre las políticas de competencia y protección a consumidores¹⁰.

En lo que se refiere a los derechos de los consumidores también se han emitido resoluciones relevantes. Por un lado, tenemos una importante referencia de un amparo promovido para proteger los derechos de los consumidores por parte de la PROFECO en el caso de Mexicana de Aviación, donde casi 10 mil consumidores corrían el riesgo de quedar sin compensación¹¹. Entre los múltiples aspectos que se demandaron, destaca que a partir de una interpretación sistemática de los artículos 1º (recientemente reformado) y 28 de la Constitución, se pedía que en el orden del pago, los consumidores gozaran de un trato preferencial en el orden de prelación del pago, pues de lo contrario estos quedarían en estado de indefensión al ser inviable su compensación. Al respecto, de una manera histórica, el tribunal en su resolución reconoció que los derechos básicos de los consumidores están efectivamente protegidos por la Constitución y diferentes tratados internacionales, y reconoce por primera ocasión que su tutela está al mismo nivel que los derechos humanos, por lo que ameritan una protección más amplia. Sin duda alguna, el principio Pro Persona permitió al juzgador maximizar la motivación de su sentencia, en la que por primera vez no sólo se conjugan los artículos 1º y 28 referidos, sino que se internalizan las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas de 1985¹².

¹⁰ De fondo existen resoluciones interesantes sobre la definición de mercados relevantes, concentraciones y poder sustancial.

¹¹ Amparo directo: D.C. 82/2012, relacionado con los diversos D.C. 54/2012 al 85/2012.

¹² El análisis completo del caso de encuentra en Altamirano Rodríguez, Bernardo, Derechos Básicos de los Consumidores, Mercado Global y Derechos Humanos. El caso de México.

Sin duda alguna estamos frente a un caso que demuestra que la judicialización en la defensa de los derechos de los consumidores es fundamental para ampliar y perfeccionar su tutela y protección.

Este importante antecedente cobra efectos exponenciales a la luz de la reciente acción de inconstitucionalidad que resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en la que invalida un ordenamiento emitido en la Ciudad de México, en el que por criterios de orden territorial, se restringía el desarrollo de determinados establecimientos que comercializan productos —autoservicios, tiendas de conveniencia— en ciertas zonas del Distrito Federal, mientras que se excluye de esta restricción a otros —mercados públicos, misceláneas, etcétera¹³.

La discusión y resolución de la Corte trató sobre el fondo del asunto y representa un avance en el fortalecimiento de la defensa de los consumidores, de la competencia y libre concurrencia¹⁴. El ponente fue el Min. Alberto Pérez Dayán, quien enriqueció su proyecto con participaciones destacadas de los ministros José Ramón Cossío Díaz, Sergio Vals Hernández y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. El primer argumento a destacar es el énfasis que se pone al Art. 28 señalado como una “garantía a los consumidores” (JRCD). En segundo lugar, que la Norma 29 representaba una ventaja indebida a un conjunto de establecimientos comerciales en perjuicio de los consumidores, por lo que “el Estado debe abstenerse de intervenir con fines proteccionistas en las condiciones que impone el propio mercado, conforme a las reglas de la oferta y la demanda” (SVH). Finalmente, que la Norma 29 no justifica la razón de brindar una protección especial a esos establecimientos y que la libre concurrencia protege a los consumidores al permitirles disfrutar de precios más asequibles y acceso a bienes y servicios (AZLL). Sin duda, es un nuevo avance de la SCJN en la materia al confirmar que la protección de la competencia y libre concurrencia tienen como centro de gravedad al consumidor¹⁵.

No es posible hacer un análisis exhaustivo de las resoluciones judiciales, pero con estos elementos podemos dar inicio a la sistematización de algunos elementos, que deberán ser el punto de partida de las políticas en la materia:

Las prácticas anticompetitivas se prohíben en función de la lesión que causan a la competencia y a la libre concurrencia, las que por su parte permiten a los consumidores ampliar su satisfacción ante mejores precios y accesibilidad.

13 Acción de inconstitucionalidad 14/2011 promovida por la Procuraduría General de la República en contra de la Asamblea y Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

14 Todo lo que aquí se menciona se basa en la discusión en la Corte del proyecto del Min. Pérez Dayan. Al cierre del presente documento todavía no se había publicado el engrose.

15 Atamirano, Bernado (27 de junio de 2013). “Proteccionismo vs consumidores: el caso de la Norma 29.” Publicado en el portal web Animal Político. Se puede consultar en <http://www.animalpolitico.com/blogueros-blog-invitado/2013/06/27/proteccionismo-vs-consumidores-el-caso-de-la-norma-29/#axzz2bQIKz88z>

Se plantea que el Art. 28 es una “garantía de los consumidores”, cuyos derechos básicos ameritan una tutela especial del Estado, al nivel de derechos humanos, y que el Principio Pro Persona implica maximizar siempre los derechos de éstos, ya sea mediante el diseño e instrumentación de regulaciones, como mediante la resolución de situaciones de conflicto.

Lo anterior es fundamental, pues no se trata de teoría económica o jurídica, sino lo que la Constitución y los juzgadores interpretan sobre dichos preceptos y sobre cómo deben aplicarse. De esta manera, los sistemas de protección constitucional y el buen funcionamiento judicial son elementos clave para afirmar que el mejor camino de impulsar políticas públicas más eficaces y de mayor impacto es mediante la sistematización y alineación de la política del consumidor y de la competencia económicas, partiendo de un criterio de corregir fallas en el mercado, reducir el proteccionismo, e impulsar la mayor información posible que permita a los consumidores tomar las mejores decisiones y convertirse así en los soberanos del mercado.

En este marco y ante los procesos de diseño legislativo de la reforma de telecomunicaciones y de la discusión de la reforma energética, resulta indispensable definir algunos principios sobre cómo deberá ser una regulación que fortalezca la competencia y ponga en el centro al consumidor, pues es éste quien disminuye su satisfacción y aumenta la vulnerabilidad de sus derechos en la medida que se reduce la competencia y libre concurrencia, ya sea por tratarse de mercados regulados o monopolios.

Por tanto, estamos ante la gran oportunidad de dar paso a procesos democráticos de regulación. En la actualidad ya no basta con que nuestros representantes o autoridades provengan de procesos democráticos y legales de selección y nombramiento, sino que en los procesos que emprendan medidas regulatorias, sean transparentes, se brinde información y se propicien reales mecanismos de participación ciudadana y deliberación social. Como bien lo señala Jean-Bernard Auby¹⁶: “Una democracia como la nuestra debe interrogarse constantemente sobre lo que puede hacer para mejorar de manera concreta las relaciones entre los ciudadanos y la administración, para respetar este valor de primer nivel en las sociedades democráticas, en donde según Dworkin, el derecho de los ciudadanos a un respeto igual y una atención igual en el funcionamiento de las instituciones”.

Sin duda alguna, los esfuerzos de los reguladores harán bien en enfocar cómo generar mayor inversión, innovación tecnológica, empleo y desarrollo, pero dentro de estos elementos, debe estar también en el centro, en equilibrio con los demás, el consumidor. Lo anterior debe validarse mediante la sistematización de los artículos 1º, 25 y 28 de nuestra Constitución. En

¹⁶ Auby, Jean-Bernard. 2006. ‘Droit administratif et démocratie’, in Régulation économique et démocratie, Martine Lombard, ed., Paris: Dalloz. Autin, Jean-Louis.

efecto, articular el Principio Pro Persona, con la tutela de competencia y libre concurrencia y la protección de los derechos básicos de los consumidores, deben ser el marco de esa regulación que debe promover las libertades. De no cuidar lo anterior y emitir regulaciones sesgadas, se corre el riesgo de que las reformas y sus regulaciones generen incertidumbre por la posibilidad de impugnar su validez.

En efecto estamos ante una nueva generación de diseño regulatorio, el cual debe poner al consumidor en el centro de gravedad. Estaremos frente a una regulación democrática.

SECCIÓN 3. Análisis comparado de instituciones de Competencia Económica y Protección al Consumidor

La eficacia y eficiencia de las políticas públicas depende en gran medida de la generación de mecanismos que garanticen su efectiva instrumentación. En este sentido, el diseño institucional y el sistema de interacción de las agencias no sólo de competencia, sino las reguladoras sectoriales y las encargadas de la protección al consumidor es fundamental.

Con el objeto de ejemplificar los diferentes modelos de protección al consumidor y de competencia, hemos llevado a cabo una breve selección de países que han integrado ambas políticas públicas. En esta labor, destacamos dos países de avanzada en cuanto a administración pública, como son Canadá y Nueva Zelanda. En el primer caso, si bien encontramos que las facultades corresponden a instituciones independientes, en realidad en el caso de la protección al consumidor, se trata de un organismo encargado de impulsar la investigación e información, toda vez que la solución de controversias se define en el ámbito de las cortes locales. En lo que corresponde a Nueva Zelanda también encontramos la existencia de un organismo enfocado a garantizar información a los consumidores.

En relación con la selección de países latinoamericanos observamos no solo la fusión de ambas políticas públicas, sino además el otorgamiento de responsabilidades adicionales como son la protección de datos personales en el caso colombiano y, la protección a los derechos de la propiedad intelectual y el combate a la piratería en el caso de Perú.

El caso de Australia, el organismo encargado de velar por la protección del consumidor y la competencia cuenta con amplias facultades que le brindan fortaleza institucional; lo anterior es reflejo de los avances que en estas materias se han llevado a cabo en dicha latitud.

En cuanto a Francia, vale la pena destacar que en sus actividades de verificación hacen economías de escala, al revisar simultáneamente prácticas anticompetitivas y asuntos que atenten directamente contra el consumidor, lo que les permiten tener resultados más eficaces. Por último, recordemos que en Francia así como en otros países europeos, incluyendo el Reino Unido, la autoridad no cuenta con facultades de conciliación de disputas entre consumidores y proveedores, sino que esto se resuelve en el ámbito judicial.

Así como en el caso francés, también el caso inglés refleja tendencias interesantes hacia la judicialización de las disputas entre proveedores y consumidores.

Actualmente, dichas disputas son resueltas por tribunales de baja cuantía, por medio de procedimientos judiciales expeditos que muchas veces son concluidos a través de mecanismos alternativos de resolución de disputas, como es la mediación. Adicionalmente, en el Reino Unido se ha llevado a cabo una descentralización del modelo de protección al consumidor hacia las autoridades regionales y por el contrario, una centralización de las políticas de competencia en la Oficina para el Comercio Justo (OFT), al recientemente aprobarse la fusión de la Comisión de Competencia con la OFT.

Adicionalmente, la OFT es una de las autoridades más avanzadas a nivel mundial en la promoción de mejores prácticas comerciales en la industria y comercio. Lo anterior con el objeto de que sean los sujetos regulados quienes puedan cumplir mejor la ley, generar mejores condiciones y propiciar mayor confianza en el mercado. Dicha política se refleja en la siguiente frase: “Para muchos productos, una competencia vigorosa es la sencilla mejor protección para los consumidores, y sólo se requiere mínima protección (contratos generales, prohibir publicidad engañosa, regresar bienes dañados¹⁷”.

Lo anterior nos lleva a concluir que existe una tendencia no sólo a agrupar las políticas de protección al consumidor y competencia bajo un solo órgano; sino también a judicializar los procesos de disputas entre consumidores y proveedores. Lo anterior, no solamente a través de acciones individuales sino también colectivas. Asimismo, dicha tendencia también se desarrolla en el ámbito de la competencia económica, donde hasta ahora, salvo en Estados Unidos (EUA), el ejercicio de acciones privadas en esta materia ha sido muy limitado.

Por tanto, es fundamental la reflexión sobre el papel que desempeñan los juzgadores en el desarrollo e instrumentación de políticas públicas encaminadas a generar gobernabilidad en los mercados. Es decir, en un nuevo esquema de protección al consumidor, debe asumirse una corresponsabilidad entre las autoridades administrativas y judiciales, así como el reconocimiento de la relevancia de la participación de las empresas y de la sociedad civil en el tema.

En el caso de EUA, vale la pena citar a un expresidente de la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos (FTC), Timothy J. Muris, quien justamente argumenta las ventajas de articular las políticas de nuestro interés¹⁸:

17 Armstrong, Mark, Interaction Between Competition and Consumer Policy, Office of Fair Trade, Reino Unido, 2008.

18 Muris, Timothy J., The Interface of Competition and Consumer Protections, Federal Trade Commission, EUA, 2002.

1. Al esforzarse para mantener proveedores honestos, las políticas del consumidor hacen más que salvaguardar su interés de forma individual, también sirven para procurar los intereses de los consumidores en general y facilitar la competencia.
2. Con la experiencia de la FTC se observan varias sinergias: a) el desempeño de la función de protección del consumidor puede dar información sobre cómo debe ejecutarse la política de competencia; esto sucede en temas de publicidad —sobre todo comparativa— y prácticas de marketing que permitan entender mejor cómo funciona el mercado y son cruciales para que nuevas empresas entren al mercado; b) el programa de política del consumidor también sugirió la posibilidad de nuevas estrategias remediales de mejora en casos de competencia.
3. Invertir a una sola autoridad de estas dos funciones ayuda a sensibilizar a los responsables de la protección del consumidor de la preocupación de la competencia y viceversa.

Tabla 1.3. Resumen Comparado Institucional*

PAIS	AUTORIDAD CONJUNTA	AUTORIDAD EN MATERIA DE COMPETENCIA	FUNCIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA	AUTORIDAD EN MATERIA DEL CONSUMIDOR	FUNCIONES EN MATERIA DE CONSUMIDORES	OBSERVACIONES
ESTADOS UNIDOS	Sí	Buró de Competencia de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission)	Evita fusiones anticompetitivas, conductas monopolísticas y barreras comerciales.	Buró de Protección al Consumidor de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission)	Prácticas publicitarias, Educación a negocios y consumidores, Prácticas comerciales y Protección de la identidad y privacidad de los Consumidores.	
CANADA	No	Buró de Competencia (Competition Bureau)	Fijación de precios, Engaños de promociones, Abuso de posición dominante, Ventas de exclusividad, Fusiones, Publicidad engañosa	Oficina para los Consumidores dependiente del Departamento de Industria (Office of Consumer Affairs, OCA)	Educación a consumidores, Formulación de políticas Públicas transversales en beneficio del consumidor	En el caso canadiense, la OCA es una institución de fomento e investigación. Las acciones de defensa se llevan en las cortes locales.
INGALTERRA	No	Comisión de Competencia (Competition Commission, CC) Oficina de Comercio Justo (Office of Fair Trading, OFT)	Investigaciones en casos de fusiones, mercado y regulación en industrias reguladas.	Oficina de Comercio Justo (Office of Fair Trading, OFT)	Fomento a buenas prácticas, Estudio de mercado, Combate a prácticas ilegales, Información al consumidor, Aplicación de la ley.	En este caso la OFT tiene facultades concurrentes con la CC y ésta actúa en referencia a la primera. Durante 2012 se hizo una reforma que fusiona ambas instituciones y entrará en vigor a partir de 2014. Por lo que la OFT será la única autoridad en ambas materias.
AUSTRALIA	Sí	Comisión Australiana de Competencia y Consumidor. (Australian Competition and Consumer Commission)	Acuerdos anticompetitivos, Cáteles, Ventas exclusivas, Precios mínimos de reventa, Precios predatorios, Negativa de venta, Mal uso de poder en el mercado	Comisión Australiana de Competencia y Consumidor. (Australian Competition and Consumer Commission)	Seguridad de productos, contratos, publicidad engañosa, Fraudes, Comercio en línea, Precios de combustibles	La Comisión también se encarga de Mercados regulados
FRANCIA	Sí	Dirección General de Competencia, Consumo y Combate a Fraudes (DGCCRF), Dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas	Observatorio de precios, Relaciones comerciales, prácticas monopolísticas, Concentraciones, Contrabando	Dirección General de Competencia, Consumo y Combate a Fraudes (DGCCRF), Dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas	Reclamaciones de consumidores, Etiquetado de productos, Publicidad engañosa, Seguridad de Productos	
COLOMBIA	Sí	Delegatura para la Protección de la Competencia dependiente de la Superintendencia de Industria y Comercio	Elaborar estudios económicos, Diseñar las políticas públicas de competencia, Investigaciones de Competencia Desleal, acuerdos empresariales anticompetitivos, Abuso de posición de dominancia	Delegatura para la Protección al Consumidor dependiente de la Superintendencia de Industria y Comercio	Garantías, contratos, seguridad de producto, educación a consumidores, Publicidad engañosa	La Superintendencia, además, es la encargada de vigilar la protección de datos personales y las regulaciones técnicas y de metrología
PERU	Sí	Comisión de la Defensa de la Libre Competencia (dependiente del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual)	Competencia desleal, dumping y subsidios, desregulación de gobierno, procedimientos concursales	Comisión de la Defensa del Consumidor (dependiente del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual)	Información al consumidor, conciliación, arbitraje, infracciones a la ley, publicidad engañosa	El Indecopi también es el encargado de proteger la propiedad intelectual y combatir la piratería.
PANAMÁ	Sí	Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (Órgano descentralizado adscrito al Ministerio de Comercio e Industria)	Prácticas monopolísticas, Concentraciones económicas, Transacciones, Investigación del mercado	Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (Órgano descentralizado adscrito al Ministerio de Comercio e Industria)	Educación al consumidor, Publicidad Engañosa, Conciliación, Verificación en Metrología	
NUEVA ZELANDA	No	Comisión de Comercio (Commerce Commission)	Promoción de la competencia, prohibición de conductas desleales en el mercado, mercados regulados	Ministerio del Consumidor (Ministry of Consumer Affairs)	Información al consumidor, y a las empresas, Seguridad de Productos, Metrología.	En el caso de la Comisión de Comercio se encarga de la normatividad de mercados regulados. El MCA es una instancia de información y política pública.

* Datos obtenidos de los portales institucionales de las autoridades de competencia económica y protección al consumidor de cada país

SECCIÓN 4. Consumidores y mercado en México. Estudios de caso.

En el presente apartado revisaremos casos de diferentes mercados en México que enfrentan fallas y consecuentemente reducen el bienestar de los consumidores, quienes además incurren en costos extraordinarios para ejercer sus derechos. Lo anterior cobra mayor fuerza entre más se alejen de un escenario óptimo de competencia perfecta¹⁹, y más se acerquen a uno de monopolio^{20 21}. Entre los dos extremos se pueden identificar otros otros esquemas de competencia e interacción entre oferta y demanda, en cada uno la regulación existente y la futura juegan un papel fundamental para determinar los pesos y contrapesos del mercado y la relación entre proveedor y consumidor.

Siguiendo a Robert Lande²², las políticas de competencia económica y protección al consumidor se justifican por la existencia de fallas de mercado como abuso de poder en el mercado, información asimétrica, externalidades, barreras a la entrada, etc. Sin embargo, estas fallas se pueden clasificar en dos: a) las externas a las relaciones de consumo, es decir a las que restringen las opciones del consumidor y que se abordan del lado de competencia; y, b) las internas a las relaciones de consumo que tienen que ver con las restricciones que enfrenta el consumidor para elegir libremente y que se abordan en las políticas del consumidor. Lo anterior, además, claramente tiene que ver con un aspecto más amplio que es la regulación técnica de los mercados.

El objetivo de las políticas regulatorias, de competencia y de protección al consumidor es el mismo, a saber, ampliar el bienestar del consumidor, cada una de éstas actúa en campos distintos, como se observa en la siguiente tabla.

19 El escenario de competencia perfecta es en el que existen muchos compradores y oferentes en el mercado, de tal manera que ninguno tiene capacidad de influir en el precio del mercado, todos son precio aceptantes y éste se determina por la interacción entre ambos, en este caso se alcanza el máximo bienestar social pues ambos agentes maximizan su utilidad. Kreps David (1990), "A course in microeconomic theory", Princeton university press

20 En un mercado monopolístico hay un único oferente de X bien o servicio, y por lo tanto éste determina el precio que enfrentan los consumidores en el mercado, en este caso el precio está dado por la estructura de costos y el ingreso marginal del monopolista, por lo que el consumidor enfrenta precios más altos de los que se observarían en un mercado en competencia perfecta, por lo que hay una pérdida en bienestar del consumidor. Kreps David (1990).

21 Aquí es importante notar que pueden ocurrir monopolios de manera natural por altos costos de entrada (como la provisión de agua potable), la importancia de la falla radica en el abuso de la posición de dominancia en el mercado y en la propia estructura de mercado que impide la entrada a competidores, en cuyo caso se debe aplicar regulación para corregir ambas fallas.

22 Lande, Robert (1996). Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law. 65 Antitrust Law Journal 713 1996-1997

	COMPETENCIA	REGULACIÓN	PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
MÉTODOS	Ampliar mecanismos de mercado	Sustituir mecanismos de mercado	Sustituir mecanismos de mercado
TIEMPO Y FRECUENCIA DE INTERVENCIÓN	“Ex/post” (conductas) “Ex/ante” (estructura)	“Ex/ante”	“Ex/post”
TIPO DE INTERVENCIÓN	Incentivos y Medidas Estructurales	Medidas Estructurales	Incentivos

Tabla basada en Oliveira, Gesner y Goldbaum Sérgio, 2001. Relation Between Regulation, Competition Policy and Consumer Protection

Intervención de la autoridad de protección al consumidor

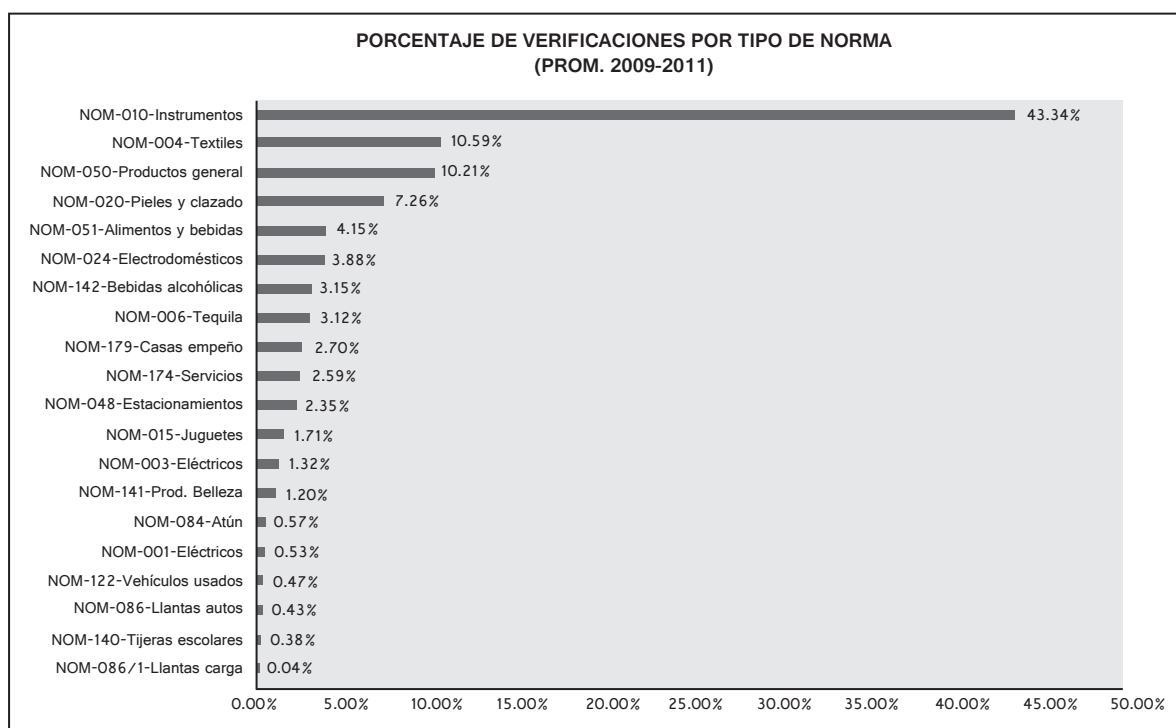
A continuación veremos dos campos de actuación “ex/post” de la autoridad de protección al consumidor. Como ejemplo, veamos las quejas que se presentan ante PROFECO en mercados regulados, donde hay menos competencia y se acercan más a las condiciones del extremo monopólico, y en mercados no regulados, donde los consumidores tienen más opciones de elegir. En sectores regulados cada negocio recibe 10 veces más quejas de las que recibe en sectores no regulados. En la tabla siguiente se puede observar el análisis de las quejas recibidas en PROFECO en el periodo enero-junio de 2013.

SECTOR BURÓ COMERCIAL	QUEJAS	UNIDADES EN EL BURÓ COMERCIAL	QUEJAS POR UNIDAD	MERCADO REGULADO	PORCENTAJE ACUMULADO	PROMEDIO QUEJAS POR NEGOCIO
TELECOMUNICACIONES	14,608	274	53.31	Sí	29.36%	53.16%
ENERGÍA Y SERVICIOS PÚBLICOS	9,103	128	71.12	Sí	47.66%	
TRANSPORTE AÉREO Y TERRESTRE**	1,304	62	21.03	Sí	50.28%	
SERVICIOS EDUCATIVOS	182	10	18.20	Sí	50.65%	5.78%
TIENDAS DEPARTAMENTALES, AUTOSERVICIOS Y ESPECIALIZADAS	13,559	2,101	6.45	No	77.91%	
SERVICIOS PRENDARIOS Y AUTOFINANCIAMIENTOS	3,092	292	10.59	No	84.12%	
SERVICIOS TURÍSTICOS	2,900	768	3.78	No	89.95%	
SERVICIOS INMOBILIARIOS	2,500	1,009	2.48	No	94.98%	
SERVICIOS DIVERSOS***	1,064	33	32.24	No	97.12%	
AUTOMOTRICES Y CRÉDITOS PARA AUTOMÓVILES	1,010	28	36.07	No	99.15%	
SERVICIOS DE SALUD Y CUIDADO PERSONAL	232	8	29.00	No	99.61%	
SERVICIOS DE ESPARCIMIENTO, ENTRETENIMIENTO Y CULTURA	193	8	24.13	No	100.00%	

* Datos consultados en el Buró Comercial PROFECO. Con cálculos propios. (<http://burocomercial.profeco.gob.mx/BC/faces/inicio.jsp>)
**En el buró comercial suman a esta categoría los servicios de paquetería, para fines de este análisis se excluyeron de los datos.
***Aquí se incluyen servicios diversos que van desde funerarias hasta empresas de alarmas para hogar. Dentro de la clasificación del buró se encuentra como “Servicios técnicos o profesionales”, se reclassificó para mejor comprensión del lector.

De este análisis se puede observar que, en general, hay más quejas de los consumidores en mercados regulados con estructuras monopólicas u oligopólicas de mercado, frente a aquellos desregulados donde hay mayor competencia. Como se ha señalado, ésta favorece la transparencia de los agentes económicos y por lo tanto la generación de incentivos para adoptar mejores prácticas a favor de los consumidores.

Por otro lado, una de las funciones de las que actualmente dispone la autoridad de protección al consumidor es llevar a cabo verificaciones administrativas en distintos rubros definidos, ya sea por la Ley Federal de Metrología y Normalización, la Ley Federal de Protección al Consumidor o diversas normas oficiales mexicanas. La siguiente tabla muestra cómo ejerce esta facultad PROFECO por tipo de norma²³:



Gráfica 1 Verificaciones realizadas por PROFECO por tipo de NOM. Fuente. Grupo de Trabajo de Verificación del Consejo Consultivo del Consumo (<http://ccc.profeco.gob.mx/>)

Como se observa, la mayoría de las verificaciones se enfocan en instrumentos de medición de peso, textiles y etiquetado general de productos. Se trata de una función preventiva de la autoridad para generar mejores condiciones para los consumidores y prevenir riesgos y abusos. Estas verificaciones se hacen con base en la regulación técnica y sirven para vigilar su cumplimiento, lo que debería servir como fuente de información para la mejora regulatoria y para detectar políticas de comportamiento desleal en el mercado que requieran la intervención de las políticas de competencia.

²³ Se excluyó la norma de verificación de combustibles, pues más adelante se ofrece un detallado sobre esa norma.

A continuación se presentan tres casos en que la autoridad de protección al consumidor diseñó políticas públicas preventivas (ex/ante) para mejorar las condiciones de los mercados y asegurar la efectiva protección de los derechos de los consumidores.

Caso 1. Publicidad engañosa

Antecedentes

La PROFECO es la encargada de vigilar en el mercado la publicidad comercial con el objeto de garantizar el derecho a la información de los consumidores. Para ello utiliza distintas herramientas como son: a) monitoreos; b) requerimientos de información a los proveedores para que acrediten la veracidad de su publicidad; c) emisión de medidas precautorias; d) emite exhortos de modificación de publicidad; e) imposición de multas y sanciones, y f) medidas preventivas como capacitación industrial y copy-advice (revisión de la publicidad antes de su difusión).

Tabla 3.4. Multas emitidas por publicidad engañosa*			
AÑO	PROCEDIMIENTOS POR INFRACCIONES A LA LEY CONCLUIDOS	NÚMERO DE MULTAS	MONTO DE MULTAS
2006	55		\$353,651.90
2007	11		\$10,442.50
2008	85		\$50,953.66
2009	10	10	\$2,067,357.50
2010	17	9	\$17,453,900.00
2011	31	29	\$30,300,00.00
2012**	17	16	\$17,956,696.00
Total	89	75	\$68,193,001.56
<p>* Datos hasta 2011 obtenidos de la presentación pública del Procurador Federal del Consumidor en el seminario "El derecho a la información de los consumidores y la publicidad responsable". Mayo 2012 (Presentaciones: http://www.consumidor.gob.mx/wordpress/?p=5256). Para el 2012, los datos son del informe de rendición de cuentas 2006-2012 (http://www.consumidor.gob.mx/wordpress/?p=5256).</p> <p>** Datos al 3 de septiembre de 2012.</p>			

Lineamientos de publicidad

En diciembre de 2011 entraron en vigor las reformas al artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor que fortalecieron las facultades y el papel de la autoridad en el combate a la publicidad engañosa en tres aspectos clave: en su capacidad de coordinación a autoridades

de los tres órdenes de gobierno; en el aumento de los montos para aplicar multas; y en emitir lineamientos para el análisis y verificación de la información o publicidad²⁴.

Sobre esto último, el diseño regulatorio se trabajó en coordinación con la sociedad civil, a través del Consejo Consultivo de Consumo, dentro del Grupo de Trabajo contra la Publicidad Engañosa. En marzo de 2012, éste presentó la Estrategia Integral contra la Publicidad Engañosa con el objeto de garantizar el derecho a la información de los consumidores con base en los principios de legalidad, equidad, transparencia, participación social y corresponsabilidad²⁵. Con los resultados de la estrategia y cooperación de los distintos actores, PROFECO diseñó los Lineamientos para el Análisis y Verificación de la Información y Publicidad, que entraron en vigor el 23 de agosto de 2012, y que tienen por objeto brindar mayor certeza jurídica sobre la actuación de PROFECO en el análisis y verificación de la publicidad al homologar un conjunto de definiciones con lo establecido en la Ley General de Salud y su reglamento en materia de publicidad. También, se reconoce una protección especial de las personas vulnerables frente a la publicidad engañosa, como son ancianos, menores y enfermos.

Cabe mencionar que estos lineamientos, no limitan la capacidad creativa ni la libertad de expresión de las empresas publicitarias. Como lo apunta Cossío²⁶ en materia comercial, la información que se dé sobre la oferta comercial se podrá someter a las limitaciones de veracidad y claridad que en este ámbito prevalezcan sin que sea un detrimento a la libertad empresarial, de expresión o de imprenta.

Lo anterior, constituye un ejemplo de política pública en que confluyen distintos actores en favor de los consumidores al proteger su derecho a la información. Asimismo, es muestra de que se puede configurar un modelo regulatorio, que es compatible con instrumentos de autorregulación empresarial sin que la autoridad renuncie a sus facultades específicas de tutela de los derechos de los consumidores. Consecuentemente, entre todos, se establecen las reglas de interacción en el mercado, protegiendo la esfera de derechos básicos del consumidor.

Transversalidad del derecho a la información

La información adecuada y clara sobre los bienes y servicios es un principio básico para la equidad de las relaciones de consumo. Por el contrario, la falta de información constituye una

24 Las reformas que fueron publicadas en el DOF el 15 de diciembre de 2011, entre los aspectos más importantes están otorgar a PROFECO: a) Facultades de investigación, verificación y análisis de casos de posibles prácticas de publicidad engañosa; b) facultad de coordinación entre las entidades federales, estatales y municipales en la materia; c) la capacidad de imponer multas mayores pues la publicidad engañosa se define como caso particularmente grave por lo que se eleva el monto de las multas y en caso de reincidencia se pueden imponer multas con un valor de hasta 10% de la venta del producto objeto de la multa.

25 Para instrumentar la estrategia se llevó a cabo un ejercicio inédito de cooperación, diálogo y coordinación entre actores gubernamentales, empresariales y sociales. En esta estrategia participaron, entre otros, CONAR, CANIPEC, AMAP, ANTAD y CONMÉXICO.

26 Amparo en revisión 91/2004. Crédito Afianzador, S.A. de C.V., Compañía Mexicana de Garantías. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Raúl M. Mejía Garza

falla de mercado que genera asimetrías entre el consumidor y proveedor, en favor del segundo. Además, el derecho a la información está reconocido como un derecho humano tanto en tratados internacionales²⁷ como en la Constitución, por lo que es obligación de las autoridades garantizarlo. En este sentido, estos lineamientos constituyen una forma de hacerlo desde el lado comercial en favor de los consumidores.

La política de combate a la publicidad engañosa y en específico los Lineamientos, sentaron las bases para dar certeza a los proveedores sobre los criterios de la autoridad para analizar y sancionar la publicidad engañosa. Además, al establecer como estándar la verificación de la veracidad de la información que se difunda, se puede determinar de manera más clara aquellos casos en que esta falta de veracidad constituye una práctica desleal y por lo tanto, indirectamente puede dañar a los competidores en el mercado.

Este caso demuestra la transversalidad de las políticas de competencia y protección a los consumidores. A través de la garantía del derecho a la información se puede incidir en ambas esferas mediante un instrumento regulatorio. Esta agenda es sin lugar a dudas una de las prioritarias de cualquier agencia moderna en la materia. Al fusionar ambas entidades, se podrá combatir de manera más eficaz estas prácticas que perjudican a un triángulo de actores: a los competidores directos, a pequeños productores y comerciantes, y por supuesto a los consumidores.

Caso 2. Mercado de telecomunicaciones: Creación de la NOM-184-SCFI-2012

Antecedentes

Entre 2007 y 2012, la PROFECO recibió, en promedio, 25 mil quejas anuales de usuarios de servicios de telecomunicaciones, lo que representó el 22.6% del total de quejas recibidas cada año. Hay que reconocer que también el nivel de conciliación de los proveedores era de los más altos, pero aún así implica a los consumidores incurrir en costos de presentar sus quejas. Los principales motivos de las quejas se basaban en aspectos contractuales, como el incumplimiento de garantías, la negativa de las compañías a entregar equipos contratados a tiempo, y diversas dificultades para cancelar los contratos. Además, se observaba que los consumidores no tenían información completa sobre los servicios que contrataban, lo que constituía una asimetría a favor de los proveedores. En la siguiente tabla se resume la información sobre quejas de los consumidores.

²⁷ Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Claude Reyes.

Tabla 4.4. Quejas anuales ante PROFECO en servicios de telecomunicaciones*				
AÑO	QUEJAS	PORCENTAJE DEL TOTAL ANUAL	PORCENTAJE DE CONCILIACIÓN	MOTIVOS DE RECLAMACIÓN
2007	25,913	23.2%	74%	Negativa a corregir errores de facturación; producto o servicio no solicitado; negativa de hacer efectiva la garantía
2008	21,681	18.5%	71%	Negativa de hacer efectiva la garantía; Negativa de rescisión de contrato; Negativa a corregir errores de facturación.
2009	21,681	21.7%	85%	Negativa de rescisión de contrato; Negativa a corregir errores de facturación; Negativa a hacer efectiva la garantía.
2010	27,453	24.1%	89%	Negativa de rescisión de contrato; Negativa a corregir errores de facturación; Negativa a entrega del producto.
2011	28,022	24.2%	90%	Negativa de rescisión de contrato; Negativa a corregir errores de facturación; Negativa a entrega del producto.
2012**	26,573	23.9%	91%	Negativa de rescisión de contrato; Negativa a corregir errores de facturación; Negativa a entrega del producto.
Promedio	25,385	22.6%	83%	

* Datos de la Presentación Pública del Procurador Federal del Consumidor durante la Segunda Semana Nacional de Política ProConsumidor (Consulta: <http://www.consumidor.gob.mx/wordpress/wpp-content/uploads/2012/10/Presentacion-Bernardo-Altamirano.pdf>)

** Los datos de 2012 son derivados de cálculos propios con base en el promedio mensual de quejas recibidas en el periodo enero-agosto de 2012. Por lo que los datos oficiales finales para ese año pueden variar.

Ante este escenario, en 2011 la PROFECO por un lado emprendió una estrategia contenciosa²⁸ y, por el otro, planteó una estrategia para crear una Norma Oficial Mexicana (NOM) que permitiera avanzar en la transparencia de los contratos de adhesión, ampliar la información a favor de los consumidores para que identifiquen mejor los precios y características del servicio de su interés, proteger a los consumidores contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como prevenir prácticas y cláusulas abusivas por parte de los proveedores. Adicionalmente, esta NOM obligaría a los proveedores a registrar ante la PROFECO sus contratos de adhesión, lo que le permitiría a ésta revisar el cumplimiento de estas obligaciones, de manera previa a su publicación. Con esto se pretendía que, a través de un instrumento regulatorio se pudiera reducir de manera importante el número de quejas de los consumidores²⁹.

Como trabajo previo a la emisión de la NOM, la Procuraduría realizó un estudio de los contratos de adhesión de las principales compañías de telecomunicaciones, en particular se analizaron las cláusulas que podrían considerarse como abusivas. En las siguientes tablas se observan los resultados del estudio realizado por la PROFECO.

28 En efecto se emprendieron una serie de acciones de grupo contra empresas de telefonía móvil, en donde el argumento de fondo es que el consumidor tiene el derecho a la calidad del servicio contratado y el proveedor debe cumplir. Por el otro, se realizaron una serie de juicios por la vía civil, en la que se demandaba la nulidad de múltiples cláusulas de contratos de adhesión de empresas de televisión de paga, por considerarse asimétricas, abusivas y/o engañosas. En ningún caso se ha llegado todavía a una resolución firme.

29 Es importante mencionar el caso del sector vivienda. Antes de 2009 únicamente se habían registrado 79 contratos de adhesión de inmobiliarias ante la PROFECO y este sector representaba el segundo con mayor número de quejas. Durante 2010 y principalmente en 2011, se firmaron convenios de colaboración con FOVISSSTE e INFONAVIT con lo que se obligaba a las inmobiliarias que ofertaban a través de estas instituciones a registrar sus contratos. Al cierre de 2011, se había registrado contratos que representaban el 95% de la oferta inmobiliaria de las instituciones y entre 2009 y 2011 se redujo en 43% el número de quejas recibidas ante PROFECO en este rubro.

Tabla 5.4 Contratos de adhesión de Telefonía Celular ANTES de la NOM-184*							
	MODIFICACIÓN UNILATERAL DE TÉRMINOS Y CONDICIONES DEL CONTRATO	EL PROVEEDOR TRASLADA RESPONSABILIDAD A TERCEROS	CLÁUSULAS ABUSIVAS O INEQUITATIVAS	PENAS CONVENCIONALES EXCESIVAS	FALTA DE INFORMACIÓN (tarifas, paquetes, otros documentos)	FALTA DE TRANSPARENCIA EN PLAZO FORZOSO	FALLAS TÉCNICAS (72 hrs)
NEXTEL	A	A	A	-	A	A	X
MOVISTAR	A	A	A	A	A	A	X
IUSACELL	X	X	X	X	X	-	X
TELCEL	X	-	X	X	X	-	X

X = El contrato contiene este tipo de observaciones
 "-" = El contrato no contiene este tipo de observaciones

Tabla 6.4 Contratos de adhesión TV de paga ANTES de la NOM-184*										
	NO LEGIBLE (requisito de validez)	MODIFICACIÓN UNILATERAL DE TÉRMINOS Y CONDICIONES DEL CONTRATO	EL PROVEEDOR TRASLADA RESPONSABILIDAD A TERCEROS	CLÁUSULAS ABUSIVAS O INEQUITATIVAS	PENAS CONVENCIONALES EXCESIVAS	FALTA DE INFORMACIÓN (tarifas, paquetes, otros documentos)	PLAZO FORZOSO CON RENOVACIÓN AUTOMÁTICA	FALLAS TÉCNICAS (24 hrs)	PAGOS EXCESIVOS	CONDICIONA EL SERVICIO AL ENVÍO DE PUBLICIDAD
DISH	SF	X	X	X	-	X	X	X	X	X
CABLEVISIÓN	X	-	-	X	-	X	-	X	-	-
TOTAL PLAY	X	-	-	X	-	X	-	X	-	-
SKY	X	X	-	X	X	X	-	X	-	X

X: El Contrato contiene este tipo de observaciones
 "-": El contrato no contiene este tipo de observaciones
 SF: No se pudo consultar el formato utilizado por los consumidores

* Datos de la Presentación Pública del Procurador Federal del Consumidor durante la Segunda Semana Nacional de Política ProConsumidor (Consulta: <http://www.consumidor.gob.mx/wordpress/wp-content/uploads/2012/10/Presentacion-Bernardo-Altamirano.pdf>)

Como se puede apreciar, se identificaron en los contratos cláusulas abusivas, inequitativas y desproporcionadas a cargo del consumidor y consecuentemente violatorias de lo dispuesto en la Ley Federal de Protección al Consumidor. Entre otras, se encuentran las siguientes:

- Se permitía modificar al proveedor de manera unilateral los términos y condiciones del contrato.
- En caso de plazo forzoso, las penas por cancelación de contrato eran excesivas (Penas superiores al monto total del contrato).
- Se trasladaba la responsabilidad del proveedor a un tercero, ajeno al contrato.
- Establecen penas convencionales excesivas para el consumidor, mientras que no se señala pena alguna a cargo del proveedor.
- No establecen las tarifas y montos que el consumidor deberá pagar por la prestación del servicio.

- Establecen que sólo cuando se interrumpa el servicio por un periodo determinado tiempo se bonificará al consumidor.

Proceso Normativo

Las Normas Oficiales Mexicanas son regulaciones técnicas de carácter obligatorio para proveedores, fabricantes o productores de bienes o servicios que emite el Ejecutivo Federal, con las que se establecen las características mínimas que deben de cumplir ciertos productos, bienes o servicios. En el caso de la NOM-184 se buscó regular los criterios mínimos para la comercialización y/o prestación de servicios de telecomunicaciones cuando se utiliza una red pública de telecomunicaciones.

El proceso involucró la colaboración de distintas dependencias gubernamentales, representantes de la industria y de la sociedad civil. En primer lugar, el primer anteproyecto de la Norma se diseñó entre la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel) y la Procuraduría Federal del Consumidor, este proyecto fue presentado y aprobado por el Comité de Normalización de Secretaría de Economía el 28 de septiembre de 2011. Posteriormente, se analizó en la Comisión de Mejora Regulatoria (Cofemer) para la obtención del dictamen para la publicación del anteproyecto en el Diario Oficial de la Federación, esta se obtuvo el 16 de marzo de 2012 y se publicó finalmente el 4 de abril de ese mismo año en el DOF. En todo momento se contó con el apoyo de la CFC. A partir de entonces, el proyecto normativo fue abierto a consulta pública, donde representantes de la industria y miembros de la sociedad civil presentaron sus comentarios al proyecto y se fueron desahogando en el seno del Comité de Normalización.

Por otro lado, en este periodo PROFECO, junto con Cofetel y la organización civil Observatel se llevaron a cabo 9 foros de consulta pública en distintos estados del país³⁰ en el que participaron más de 2,500 consumidores. De manera paralela, a través de las 51 oficinas de PROFECO en el país se llevó a cabo un sondeo a 19,836 consumidores y otro sondeo en línea a 1,308 consumidores. Derivado de este sondeo, se encontró, entre otras cosas, que el 63% de los consumidores habían tenido problemas con su servicio de telecomunicaciones y 79% consideraba inequitativa y desinformada su relación con los proveedores. Adicionalmente, 14,517 consumidores se adhirieron al proyecto normativo de la NOM-184 en sus términos, algo nunca antes ocurrido en ningún proceso de normalización previo.

Finalmente, la NOM-184-SCFI-2012 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de agosto de 2012 y entró en vigor el 23 de octubre de ese mismo año, en lo referente al registro de los contratos de adhesión ante PROFECO, se dio un periodo de 120 días naturales posteriores a su publicación (diciembre de 2012).

³⁰ Se llevaron a cabo foros en: Chihuahua, Querétaro, Baja California Sur, Nuevo León, Tlaxcala, Sonora, Jalisco, Chiapas y Yucatán.

Beneficios en el mercado

La NOM-184 establece requisitos de información y contratos a favor del consumidor, por ejemplo, se establece la obligación de informar al consumidor las condiciones del plazo forzoso al que se sujeta en caso de que haya, o informarle con una anticipación de 30 días antes de la renovación de su plazo. Por otro lado, se establece la obligación del proveedor de bonificar al consumidor al menos 20% del monto perdido cuando los servicios no se prestan en el tiempo y forma convenidos.

En resumen, con esta NOM, se logran los siguientes beneficios:

- Información clara y suficiente para la mejor toma de decisiones, sobre aquellos servicios que deseen contratar, tales como precios, garantías, calidades, plazos, modalidades y demás condiciones de servicio.
- Relaciones de consumo enmarcadas en un instrumento con términos y condiciones que sean proporcionales y equitativas que brinden seguridad y certeza jurídica a los consumidores.
- Proveedores que operen en un marco legal en condiciones igualitarias lo cual se considera derivará en una mayor competencia comercial en beneficio del consumidor

Trascendencia de la Norma

El diseño, proceso, discusión y aprobación de la NOM-184 generó un debate no sólo en el ámbito de telecomunicaciones sino de los contratos de adhesión en general. La participación de empresa, gobierno y sociedad en la normatividad fue importante para poner en el centro al consumidor y preguntarnos cuál es el mejor diseño regulatorio para que éste pueda ejercer mejor sus derechos. En este sentido esta NOM incentiva mayor rivalidad y competencia entre los proveedores de un mercado regulado para brindar mejores condiciones contractuales a los consumidores.

De ahí que en mercados regulados una participación coordinada de la CFC y PROFECO permitirá impulsar la transparencia, ampliar la competencia y por supuesto, los derechos de los consumidores. Lo anterior cobra gran relevancia ante las inminentes consultas que deben darse para aterrizar la reciente reforma constitucional de telecomunicaciones, donde implicará evitar fallas en el diseño legislativo y por supuesto en el reglamentario. Sin duda alguna, una sola voz será más fuerte y firme.

Caso 3. Mercado de Despacho de Gasolina: Reforma a la NOM-005 y creación de la NOM-185

Antecedentes

El marco regulatorio en el que opera la venta directa al público y despacho de gasolina, y otros combustibles líquidos producto de la refinación del petróleo, es complejo e involucra a distintas agencias gubernamentales. La Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el ramo del petróleo establece en el Artículo 14 BIS que esta actividad se llevará a cabo a través de contratos de franquicias con personas físicas o morales con cláusula de exclusión a extranjeros. Asimismo, faculta a la Secretaría de Energía y a la Secretaría de Economía para que realicen verificaciones correspondientes a las características cualitativas de los combustibles así como a los volúmenes de distribución y despacho de los combustibles.

Derivado de lo anterior, en la Norma Oficial Mexicana 005, referente a los métodos de prueba y verificación para el despacho de gasolina y combustibles líquidos, se faculta a la PROFECO para que sea la encargada de realizar visitas de verificación administrativa referentes al despacho de gasolina. Con esto se busca que los dispensarios de gasolina otorguen al consumidor los litros por los que están pagando. En esta misma norma se establecen sanciones que la PROFECO puede aplicar por el incumplimiento de distintos puntos de la norma.

Entre enero de 2007 y septiembre de 2012, la PROFECO realizó, en promedio, 10,608 verificaciones anuales a 9 de cada 10 estaciones de servicio en el país. Es decir, durante el periodo de estudio, la PROFECO realizó un trabajo casi censal de las gasolineras. Asimismo, se debe destacar que, en promedio, en el 25% de las estaciones de servicio se realizó más de una verificación. Lo anterior, debido a que la actuación de la PROFECO ocurre por dos vías: la planeación del programa anual de verificación de combustibles y, por otro lado, las denuncias de consumidores respecto de estaciones de servicio en específico. Además, según los datos para el mismo periodo, se inmovilizó al menos un instrumento de despacho en el 30% de las estaciones de servicio. En la tabla siguiente se resumen los datos de verificaciones.

AÑO	ESTACIONES EN EL PAÍS	ESTACIONES VISITADAS	% SOBRE PADRÓN	VERIFICACIONES REALIZADAS	ESTACIONES CON MÁS DE 1 VERIFICACIÓN	ESTACIONES EN LAS QUE SE APLICÓ MEDIDA PRECAUTORIA	% SOBRE ESTACIONES VERIFICADAS
2007	7,788	7,285	93.54%	10,906	3,621	3,188	43.76%
2008	8,057	7,894	97.98%	11,048	3,154	3,062	38.79%
2009	8,555	8,182	95.64%	11,420	3,238	2,924	35.74%
2010	9,106	7,592	83.37%	10,169	2,577	2,599	34.23%
2011	9,267	8,988	96.99%	12,167	3,179	1,687	18.77%
2012**	9,614	7,140	74.27%	7,942	802	998	13.98%

* Informe de rendición de cuentas, PROFECO 2012
** Datos hasta septiembre de 2012.

Sin embargo, se observaba un modelo que, a pesar de la magnitud del trabajo y de los recursos que año con año se gastan en estas tareas, la evaluación era negativa en cuanto a la pérdida de eficiencia operativa y a la desconfianza de los consumidores. Mayor número de verificaciones y sanciones por parte la autoridad no tenían efecto positivo en la confianza de los consumidores. Además bajo las reglas de la NOM-005-SCFI-2005 (que estuvo en vigor hasta octubre de 2012), no se podía obtener información completa sobre el historial de despacho de los dispensarios y por lo tanto no se podía saber si éstos habían sufrido alteraciones de algún tipo. En resumen, el sistema de verificación sustentado en la NOM estaba superado y no producía los resultados esperados ni para consumidores ni proveedores

Proceso Normativo

Como se puede observar, bajo los estándares de la Norma de 2005 no se contaban con las condiciones óptimas de operación del organismo verificador del mercado. Bajo ésta, el trabajo de verificación era complejo y costoso ya que no había forma de saber la operación del dispensario de manera regular. Cada verificación era como una fotografía del momento.

Posteriormente, un año después los empresarios del ramo acordaron un instrumento de autorregulación para instalar de manera voluntaria aditamentos de confiabilidad de los dispensarios y tener control y trazabilidad sobre el despacho de combustibles. Acompañado a este convenio se otorgaron estímulos fiscales para la adaptación o cambios de dispensarios; sin embargo, menos de la mitad fueron reemplazados³¹.

Con la Norma vigente en el 2005, la PROFECO estaba imposibilitada para verificar el historial de operación de los dispensarios, el sistema que los controla, y existía discrecionalidad en la interpretación de la Norma. Por lo anterior, se buscó trabajar en dos caminos para asegurar una protección más amplia de los consumidores. En primer lugar, modificar la NOM-005 aprovechando su revisión quinquenal y con ella hacer obligatoria la instalación de los aditamentos de confiabilidad para revisar el historial de la gasolinera. Esto es, con la actualización se buscaba pasar de una fotografía a una película dónde a través de un sistema electrónico, PROFECO pudiera ver en una sola verificación el comportamiento del dispensario en los últimos 12 meses. Consecuentemente aumentar el riesgo de que las alteraciones por parte de los proveedores fueran efectivamente detectadas y sancionadas por la autoridad.

En segundo lugar, se creó la NOM-185, para estandarizar los sistemas informáticos que controlan el funcionamiento de los sistemas de medición del despacho de gasolinas. Con dicha

31 Los datos sobre el cambio normativo pueden consultarse en la presentación pública realizada por el Subsecretario de Normatividad y Competitividad de la Secretaría de Economía en el marco de la Segunda Semana de Políticas ProConsumidor (<http://www.consumidor.gob.mx/wordpress/wp-content/uploads/2012/10/Presentacion-Jose-Antonio-Torre-gasolina.pdf>)

norma se establecieron medidas preventivas en cuanto al software de las que se encargaría el Centro Nacional de Metrología (CENAM) y acciones de verificación del software por parte de la PROFECO. Así, con esta norma a partir de su aplicación se puede: a) verificar la funcionalidad detallada del software que opera el dispensario (CENAM); b) Identificar posibles instrucciones informáticas que permitan el despacho incorrecto de combustible (CENAM); c) Tener certidumbre de que los dispensarios no permiten la alteración del despacho de combustible (PROFECO); y, d) constatar la instalación de programas en los dispensarios que operan correctamente (PROFECO).

AÑO	ETAPA DEL PROCESO.
2005	Entra en vigor la NOM-005-SCFI-2005 para verificar el despacho de combustibles
2006	Los empresarios del ramo firman el "Convenio de Concertación de Confiabilidad de Dispensarios."
2010	Inicia el proceso de modificación de la NOM-005-SCFI-2005, conforme al periodo quinquenal de revisión de las normas. Asimismo, se propone la creación de la NOM-185-SCFI-2011 para estandarizar el software de los dispensarios.
2011	Se da a conocer el proyecto de ambas normas a empresarios del sector. Asimismo, la NOM-005-SCFI-2011 inició su periodo de consulta pública entre octubre y diciembre de este año.
2012	El 30 de marzo se publicó en el DOF la NOM-005-SCFI-2011. El 14 de mayo inició la consulta pública relativa a la NOM-185. En junio la Secretaría de economía informó sobre los dispensarios que cumplían con la normatividad aplicable. El 10 de agosto se publica la NOM-185. Ambas normas entraron en vigor el 26 de octubre.

Beneficios para los consumidores

Con ambas normas se presenta un avance cualitativo en la eficiencia y eficacia del trabajo de verificación de la PROFECO. Por un lado, la NOM-005 obliga la integración de aditamentos de confiabilidad, y dificulta la alteración del dispensario. En cuanto a la 185, permite una mayor certidumbre sobre el software instalado en los dispensarios. Con estas normas se obtienen resultados más claros y transparentes en las acciones de verificación.

El diseño de estas normas está dado para aumentar el riesgo de aquellas estaciones que busquen alterar el despacho y abusar de los consumidores. Adicionalmente, al poder revisar el historial de 12 meses de los dispensarios, la autoridad podría reducir la frecuencia de sus verificaciones, estar menos expuesta a la corrupción y ser más contundente en sus resultados. En resumen, con ambas normas:

- a. Se incrementa la certeza sobre el volumen despachado de gasolina, lo que beneficia a los consumidores.
- b. Permite que las estaciones de servicio renueven su equipo para contar con sistemas de confianza y software que brinda confianza a los consumidores.

- c. A la autoridad le otorga mejor capacidad de ejecución de la política e incrementa su eficiencia, pues a menor número de verificaciones se pueden obtener mejores resultados.

Trascendencia de la normatividad

Con ambas normas se establecen estándares para generar confianza en el mercado del despacho de combustibles. En mercados regulados, se implantan sistemas de verificación administrativa para asegurar el cumplimiento de las restricciones establecidas en los mismos. En este sentido, la verificación sirve para detectar fallas y brindar suficiente información al órgano regulador/sancionador para corregirlas. En el caso del mercado del despacho de gasolina, las normativas imponen una serie de restricciones a los fabricantes de dispensarios de combustibles y a los despachadores intentando corregir una falla del mercado que es la posibilidad del despacho incompleto de litros. Sin embargo, se debe notar que una de las facultades del órgano regulador (Pemex) es retirar las franquicias en caso de incumplimiento de las normas³², por lo que las acciones de verificación deben servir como fuente de información para que el regulador mejore las condiciones del mercado.

Por otro lado, también se pueden observar los enormes costos tecnológicos y gubernamentales en los que se ha incurrido y con grave desconfianza social, mientras que una solución más barata sería abrir la competencia en el sector del despacho de combustible. Si bien el precio y el producto que se vende en las gasolineras es el mismo, se puede competir en el terreno de los servicios y las mejores prácticas de los empresarios a través de diferenciación de imagen y publicidad hacia el consumidor. Con esto último, el consumidor podría identificar de manera clara a las mejores y peores empresas, y con ello generar incentivos para que éstas adopten prácticas más favorables.

Por eso, es necesario reconocer que este mercado tiene una falla estructural de competencia que Pemex no ha sabido enfrentar y que a ésta le corresponde generar condiciones de mercado de mayor rivalidad, transparencia y certidumbre en beneficio de los consumidores. Lo anterior, debe incentivar a que los proveedores tengan mejores prácticas y que la verificación y sanción sean acciones complementarias para corregir las fallas, no la principal. Por tanto, en este tema tan relevante, una sola voz permitiría promover el bienestar de los consumidores, mediante un aumento de la competencia.

³² Modelo de contrato de franquicias de Petróleos Mexicanos.

Resumen Sección 4

- Las condiciones de ejercicio de los derechos de los consumidores son más positivas en esquemas de mercado competitivos. Ejemplo de ello es que los consumidores presentan más quejas sobre sectores que, por su naturaleza, tienen estructuras de mercado menos competitivas.
- La interacción entre las instituciones regulatorias, de competencia y de protección al consumidor es clave para ampliar el bienestar del consumidor.
- El caso de los lineamientos de publicidad muestran la transversalidad del derecho a la información para fortalecer a los consumidores y equilibrar la competencia entre competidores.
- El caso de la NOM de telecomunicaciones es un caso donde la confluencia de actores gubernamentales, sociedad civil y empresa participaron en el diseño regulatorio. Con éste se buscó asegurar el derecho a la información de los consumidores y, a través de los contratos de adhesión, condiciones equitativas de competencia a los proveedores.
- El caso de la normatividad en el mercado de la gasolina, muestra cómo se puede utilizar la tecnología para hacer más eficiente el trabajo de verificación, pero queda de manifiesto la falta de involucramiento del regulador para asegurar mejores condiciones en el mercado.
- Los casos de telecomunicaciones y energéticos plantean un debate más amplio sobre el papel de las agencias gubernamentales en el diseño de políticas públicas en mercados regulados y la importancia que deben tener las políticas de competencia y de protección al consumidor para asegurar el mejor diseño posible.

SECCIÓN 5. Conclusiones. Hacia una política integral de competencia y protección al consumidor.

Como se ha advertido, el objeto del presente estudio no es proponer cambios revolucionarios en los sistemas de protección al consumidor y de competencia económica. Lo anterior no significa que consideremos que los modelos actuales deban permanecer intactos; por el contrario. Dado el actual marco institucional, es necesario repensar y ajustar las funciones de protección al consumidor, ya sea mediante su descentralización a otros órganos, mediante el uso efectivo de mecanismos de colaboración interinstitucional o bien, mediante su fusión con la CFC. En este último caso implicará el diseño de una institución más moderna y sólida, con la capacidad de desarrollar una eficaz política de Estado en materia de competencia económica y de protección al consumidor a partir de una visión más integral en aras de garantizar el bienestar de los consumidores, supongamos que se llamara Comisión Federal para la Competencia y los Consumidores (COFECCO). Definitivamente con ambas funciones dicho órgano no sólo podría tener un conocimiento más claro del mercado y combatir con más eficiencia las fallas que enfrente éste, sino además se evitaría la duplicación de esfuerzos y las inconsistencias que algunas veces se derivan de su aplicación.

A. Derecho de compensación. Debemos reconocer que el mecanismo de resolver quejas de los consumidores de la PROFECO, vía conciliaciones, es un mecanismo alternativo al Poder Judicial para proveer justicia. Si bien el derecho a la compensación es uno de los derechos básicos de los consumidores, no existe una justificación de por qué éste se pueda garantizar de manera más expedita y eficaz a través de un sistema centralizado en una sola autoridad, como efectivamente ocurre. De hecho, de lo observado en los casos comparados internacionales se coincide en que existen instancias judiciales locales especializadas en resolver los conflictos comerciales, mientras que prácticamente las agencias han dejado de tener responsabilidad al respecto. Por tanto, se propone que COFECCO contribuya a garantizar este derecho sólo a través de su papel como actor de acciones colectivas. Por el otro lado, se deberán crear instancias especializadas en el ámbito judicial y establecer juicios expeditos para dirimir estas controversias. Los estados y municipios deberán también generar mecanismos efectivos de asesoría y solución de conflictos, respecto de los servicios públicos que estos proveen. Derecho a la información. Ésta es una de las trincheras más complejas y prioritarias en la actua-

lidad y es donde se distingue la modernidad de una política de protección de los consumidores. Este, por tanto, es uno de los ámbitos donde mejor se pueden hacer economías de escala. Sólo a través del impulso del derecho a la información se avanza en la protección de los derechos de los consumidores, en ampliar su libertad de elección, propiciar un mercado más transparente y condiciones de competencia más favorables. De ahí que la COFECCO será la punta de lanza para promover en los procesos de normalización la agenda de la información. Adicionalmente, será la promotora de impulsar la transparencia en los mercados, principalmente en los regulados, para lo que deberá coordinarse con los órganos reguladores para brindar la información más objetiva a los consumidores y competidores. Sin lugar a dudas, este es uno de los terrenos donde la sociedad y la empresa tienen mucho que participar y aportar, mediante mecanismos transparentes, lo que finalmente permitirá a los consumidores tener información más cierta y plural. Finalmente, consideramos que para que la COFECCO pudiera seguir brindando información útil a través de estudios de calidad, contaría con el apoyo del Laboratorio Nacional del Consumidor.

B. Derecho a la educación. Este es uno de los ámbitos donde mayor potencial se observa, ya que instrumentos como la Revista del Consumidor deberán incluir la competencia económica en sus contenidos. Esto permitirá alinear ambas políticas y que la sociedad las perciba como intrínsecas. De esta manera, las campañas de difusión y los contenidos educativos que se diseñan para educación básica, deberán combinar ambos aspectos y así promover una cultura económica en la que la competencia y los consumidores sean el centro de gravedad. Al ser los fenómenos de consumo locales, los estados y municipios también deben participar activamente, pues estos pueden brindar contenidos educativos ad hoc con base en lo que enfrentan sus comunidades. Finalmente, las organizaciones ciudadanas y empresariales pueden enriquecer la pluralidad y especialización de los contenidos educativos.

C. Publicidad engañosa. A la COFECCO le correspondería coordinar esta práctica ilegal, que afecta a la competencia, a los consumidores y a potenciales nuevas empresas. Implica en primer lugar, coordinar a las autoridades federales, definir criterios, lineamientos y prioridades, y por supuesto sancionar cuando sea necesario. Una de las características principales de cualquier sistema de competencia y protección al consumidor efectivo es la predictibilidad, pues ello aumenta la certidumbre jurídica y genera confianza en los particulares. Por ello, las resoluciones

de la autoridad deben ser transparentes, para que la empresa y sociedad conozcan los precedentes y sus argumentos. Además, esto conllevaría a una mayor profesionalización, considerando que las resoluciones sean resueltas por el Pleno. Al igual que en los temas anteriores, las autoridades locales tienen una gran responsabilidad de contribuir a la denuncia, pues en su ámbito se distribuye y transmite una gran variedad de publicidad e información. Adicionalmente, debe considerarse que la reciente reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y competencia prevé la prohibición de la difusión de publicidad engañosa y establece la obligación del Congreso de legislar en la materia. Por ello consideramos que este es el momento adecuado para impulsar los cambios aquí propuestos sobre este aspecto que es fundamental para fortalecer la soberanía del consumidor. Por último, es indispensable profundizar y fortalecer los programas de autorregulación empresarial, que sean más transparentes, y que los consumidores identifiquen el valor de los mismos en sus elecciones.

- D. Regulación.** La visión de la COFECCO será promover una regulación democrática, en la que el consumidor y la competencia sean el centro de la misma. Lo anterior deberá hacerlo de manera transversal frente a otros órganos reguladores, entidades y gobiernos locales. Recordemos que las políticas de competencia deben complementar la regulación, no son excluyentes. En esta función, se deberán promover mecanismos de participación ciudadana en los que se parta de informar a la sociedad, mostrar los impactos del cambio regulatorio, conocer su opinión respecto del mercado que se trate, y finalmente participar en esquemas deliberativos.

- E. Verificación.** Las funciones de verificación de la COFECCO tendrán una doble función: combatir prácticas abusivas y prevenir riesgos contra los consumidores, así como las anticompetitivas. El alcance de estos trabajos podría llegar a comunidades que enfrentan fallas de mercado en el abastecimiento y comercialización de productos básicos. Asimismo, la autoridad debe definir claramente cuál es la agenda de riesgos, abusos y prácticas competitivas que estará desarrollando, para que se puedan establecer campañas de información y capacitación empresarial. Por otro lado, empresas públicas como PEMEX, deberán transparentar más los esquemas de control que tienen sobre verificaciones que hace la COFECCO en materia de combustibles. Finalmente, los gobiernos locales deben emprender medidas más eficaces para combatir el comercio ilegal e informal, donde la COFECCO no tiene posibilidad de verificar, y que sin lugar alguna son prácticas que implican riesgos, abusos y afectan la competencia. En todo, las labores de verificación deben cuidar los derechos y prerrogativas de fondo y forma que revisten la libertad empresarial.

F. Ambiente empresarial. Por último, la autoridad debe promover un ambiente a favor de la cultura de la legalidad, para que así desde el ámbito privado exista espacio para promover estándares y mejores prácticas comerciales, siguiendo la experiencia de lo hecho en otras partes del mundo, mediante códigos y sellos de calidad.

Por otro lado, se deben fortalecer en lo local la administración y procuración de justicia, para que desde dicho ámbito puedan perseguirse directamente controversias entre consumidores y proveedores. Lo anterior implicará robustecer el papel de las procuradurías generales de los estados y de los poderes judiciales estatales. Igualmente, las secretarías de desarrollo económico deben desarrollar agendas regulatorias que corrijan fallas locales en los mercados, como otorgamiento de licencias y permisos sobre aquellas actividades comerciales que implique brindar mayor seguridad al consumidor.

Mención aparte amerita el Poder Judicial Federal. Sin lugar a dudas, la COFECCO debe emprender una importante estrategia para judicializar la defensa de los derechos de los consumidores y la competencia económica. En el primer caso se han dado casos innovadores, como acciones de grupo en telecomunicaciones, juicios civiles para pedir nulidad de contratos de adhesión, amparos para elevar los derechos básicos de los consumidores al nivel de los derechos humanos. Grandes oportunidades existen para ampliar la protección, vía judicialización, en temas como el derecho a la información y el mismo combate a la publicidad engañosa.

No es objeto de este análisis plantear el rediseño institucional, sino abrir el debate desde el punto de vista funcional. Sin embargo, como elementos iniciales, se sugiere la creación de una Unidad de Protección del Consumidor, adscrita al Pleno. Asimismo, se deberán plantear los temas y resoluciones que ameriten ser discutidas en dicha instancia, como son los casos de publicidad engañosa.

De darse las modificaciones anteriores, estaríamos en posibilidad de reforzar el camino hacia la generación de mercados más competitivos y a la protección de los consumidores con un impacto cultural mucho mayor. El esquema repercutirá en el involucramiento de una gran coalición –gobiernos estatales y municipales, empresa y organizaciones ciudadanas–, en donde existen más actores con responsabilidades medibles. Asimismo, representa transformar un sistema de protección basado en mecanismos persecutorios y desgastantes, a otro basado en la prevención, corresponsabilidad y construcción de confianza. Lo anterior pondrá al consumidor en el centro del mercado, en donde será su soberano, y a la competencia como el mejor medio para conseguir su satisfacción.

Tabla 6.1. Funciones de organismo competente en competencia y consumidor y otros organismos		
TEMA	FUSIÓN	OTRO ÓRGANO
DERECHO DE COMPENSACIÓN	Actor en acciones colectivas.	<p>Instancias especializadas del poder judicial.</p> <p>Establecimiento de juicios expeditos para dirimir las controversias.</p> <p>Descentralización hacia los Estados en materia de asesoría y orientación a los consumidores.</p> <p>En materia de servicios públicos, los estados y municipios deben ofrecer mecanismos eficaces de solución de conflictos.</p>
DERECHO A LA INFORMACIÓN	<p>Definir criterios de normalización en la materia.</p> <p>Impulsar agenda transversal a favor de la transparencia en los mercados.</p> <p>Protección de datos personales</p> <p>Emisión de alertas</p>	<p>En los ámbitos estatal y municipal se debe también proveer información detallada sobre los servicios públicos que ofrecen a los consumidores.</p> <p>Los órganos reguladores deben contribuir a informar y transparentar sus mercados.</p> <p>OSC's y empresas contribuyen en informar.</p>
DERECHO A LA EDUCACIÓN	<p>Revista del Consumidor.</p> <p>Contenidos educativos para programas educativos</p>	<p>Los estados y municipios deben elaborar campañas de educación.</p> <p>Los órganos reguladores deben contribuir en el ámbito de su competencia.</p> <p>OSC's y empresas son clave en este tema.</p>
PUBLICIDAD ENGAÑOSA	<p>La coordinación interinstitucional y con otros niveles de gobierno.</p> <p>Funciones coercitivas.</p> <p>La publicidad engañosa como una práctica desleal de comercio.</p>	<p>Los estados y municipios deben participar.</p> <p>Las OSC's son claves para la denuncia.</p> <p>La empresa es clave para la denuncia y mecanismos de autorregulación</p>
REGULACIÓN	<p>Impulso de una regulación democrática.</p> <p>Encabezar la regulación transversal en materia de protección a consumidores, donde participen las agencias sectoriales y de competencia.</p>	<p>Los estados y municipios en sus regulaciones deben poner en el centro al consumidor y la competencia.</p> <p>Lo mismo deben hacer otros órganos reguladores.</p> <p>Mecanismos efectivos de participación ciudadana.</p>
VERIFICACIÓN	<p>Combatir y prevenir prácticas anticompetitivas abusivas, así como riesgos y abusos contra los consumidores.</p>	<p>Los estados y municipios deben ser responsables en materia de comercio ilegal.</p> <p>Las empresas públicas deben transparentar sus mecanismos de control.</p>
AMBIENTE EMPRESARIAL	<p>Promover ambiente a favor de la cultura de la legalidad.</p> <p>Facilitar trámites y cumplimiento de la ley.</p>	<p>Organismos y empresas promover esquemas de autorregulación.</p> <p>Promoción de códigos en materia de protección al consumidor y evitar prácticas anticompetitivas.</p>

Referencias Bibliográficas

Armstrong, Mark. 2008. Interaction between competition and consumer policy. Office of Fair Trading. Inglaterra.

Auby, Jean-Bernard. 2006. Droit Administratif et Démocratie, en “Régulation Économique et Démocratique”, Coord. Martine Lombard, Dalloz, Francia.

Du Marais, Bertrand. 2004. Droit Public de la Régulation Économique, Presses de Sciences Po et Dalloz, Francia.

Estavillo Flores, María Elena. 2007. “La Eficiencia Económica Dentro de las Reformas a la LFCE y sus Implicaciones para el Análisis Económico”, en Competencia Económica, Estudios de Derecho, Economía y Política, Coord. José Roldán Xopa y Carlos Mena Labarthe, Editorial Porrúa e ITAM, México.

González de Cossío, Francisco. 2007. “Nueva Política de Competencia: Alumbramiento, Pubertad y Madurez de una Idea”, en Competencia Económica, Estudios de Derecho, Economía y Política, Coord. José Roldán Xopa y Carlos Mena Labarthe, Editorial Porrúa e ITAM, México,

Helm, Dieter y Jenkinson, Tim. 2005. Competition in Regulated Industries. Oxford University Press.

Kreps, David. 1990. A course in microeconomic theory. Princeton University Press.

Lande, Robert. 1996. Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law. 65 Antitrust Law Journal 713 1996-1997

Muris, Timothy J., 2002. The interface of competition and consumer protection. EUA.

Oliveira, Gesner y Goldbaum Sérgio. 2001. Relation Between Regulation, Competition Policy and Consumer Protection in Telecommunications, Electricity and Water Supply. 107, Escola de Economia de São Paulo, Getulio Vargas Foundation (Brazil).

Roldán Xopa, José. 2004. Constitución y Mercado, Editorial Porrúa e ITAM, México.

Documentos de Organismos Internacionales

Consumer Policy Toolkit, OCDE

Guía para Evaluar la Competencia, OCDE

Recursos Web

- Informe de Rendición de Cuentas, PROFECO 2006-2012. http://www.profeco.gob.mx/transparencia/I_rend_cuent2012.asp
- Portal del Consumidor <http://consumidor.gob.mx/>
- Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos. <http://www.ftc.gov/>
- Buró de Competencia de Canadá. <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/home>
- Oficina del Consumidor de Canadá. <http://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/eng/home>



Apoyado por:



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA