
PODER SUSTANCIAL CONJUNTO¹

CARLOS ERNESTO ORCÍ BERA

SUMARIO: I. *Introducción e invitación al lector*. II. *Panorama general*. III. *Definición*. IV. *Prácticas monopólicas absolutas*. V. *Prácticas monopólicas relativas*. VI. *Concentraciones*. VII. *Recomendaciones*.

Resumen: Con la reforma a la Ley Federal de Competencia Económica publicada el 10 de mayo de 2011 se introdujo la figura del “poder sustancial conjunto” en México. El presente artículo intenta explicar y definir dicha figura jurídica tomando en consideración la experiencia de la Unión Europea con una figura análoga conocida como “dominancia colectiva”. Asimismo, se analizan los antecedentes e implicaciones del poder sustancial conjunto en las principales conductas anticompetitivas previstas en la Ley Federal de Competencia Económica con el objetivo de identificar su ámbito de aplicación. El artículo concluye con recomendaciones para su implementación.

¹Agradezco al Lic. Jorge Kargl por sus comentarios y colaboración en la labor de investigación.

Palabras clave: poder sustancial, competencia, monopolios, carteles, dominancia, efectos coordinados.

Abstract: The concept of "joint substantial power" was introduced in Mexico with the amendments to the Federal Economic Competition Law published on May 10, 2011. This article attempts to explain and define this concept by taking into consideration the experience of the European Union with an analogous concept known as "collective dominance." Furthermore, the background and implications of joint substantial power on the principal anticompetitive practices contemplated in the Federal Economic Competition Law are analyzed in order to identify the scope of its application. The article concludes with recommendations for implementation.

Key words: substantial power, competition, monopolies, cartels, dominance, coordinated effects.

PODER SUSTANCIAL CONJUNTO

I. INTRODUCCIÓN E INVITACIÓN AL LECTOR

El presente artículo tiene por objetivo hacer un estudio legal de la reforma al artículo 13 y la introducción del artículo 13 bis de la Ley Federal de Competencia Económica (la “Ley”) publicados en el Diario Oficial de la Federación el 10 de mayo de 2011 (la “Reforma”),² con lo cual se introduce a la legislación mexicana la figura conocida en otras legislaciones³ como poder sustancial conjunto (“PSC”). Lo anterior a efecto de determinar su similitud con

²Artículo 13.- Para determinar si uno o varios agentes económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos:

I.- Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;

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

III.- La existencia y poder de sus competidores;

IV.- Las posibilidades de acceso del o de los agentes económicos y sus competidores a fuentes de insumos;

V.- El comportamiento reciente del o los agentes económicos que participan en dicho mercado; y

VI.- Los criterios que se establezcan en el Reglamento de esta Ley, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.

Artículo 13 bis. Para determinar la existencia de poder sustancial de dos o más agentes económicos que se ubiquen en los supuestos del artículo anterior en prácticas monopólicas relativas en un mismo mercado relevante, la Comisión deberá acreditar los siguientes elementos:

I.- Que se cumplan los criterios establecidos en el artículo 13 de la Ley para los agentes económicos involucrados considerados en conjunto;

II.- Que exista un comportamiento similar sostenido, implícito o explícito, entre los agentes económicos de que se trate;

III.- Que existan barreras de entrada al conjunto de agentes económicos involucrados, así como barreras de entrada al mercado relevante;

IV.- Que exista una disminución, daño o impedimento, actual o potencial, al proceso de competencia y libre concurrencia, y

V. Las que establezca el reglamento de esta Ley, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.”

³Principalmente la legislación de la Unión Europea y de sus países miembros.

otras legislaciones y su posible ámbito de aplicación en México para concluir con recomendaciones para su implementación por parte de la Comisión Federal de Competencia (“Comisión”).

Este estudio se realiza con el ánimo de generar un foro abierto de discusión, tanto legal como económico, sobre el PSC para contribuir con la Comisión en la elaboración del nuevo Reglamento de la Ley, así como de los criterios técnicos que deberá emitir la Comisión por lo cual se le solicita al lector adoptar una postura crítica al leerlo.

II. PANORAMA GENERAL

Si bien de entrada pareciera que la reforma al artículo 13 y la adición del artículo 13 bis de la Ley no son reformas significativas, dichos cambios conllevan una verdadera modificación estructural de la materia de competencia económica en México debido a que introducen una nueva figura jurídica en nuestra legislación. Es por ello que resulta inminente un estudio concienzudo y análisis cauteloso de dicha Reforma.

Desde la redacción de la Ley en 1993, el legislador intentó compilar los principios económicos contemporáneos adoptados a nivel internacional, principalmente en los Estados Unidos de América y la Unión Europea generando con ello fuertes expectativas en el entorno internacional y esperanzas de que la Ley pudiera servir como un modelo a seguir para países con miras a introducir el derecho de competencia económica en sus legislaciones.⁴ Al día de hoy, sin embargo, no pareciera haberse alcanzado el resultado esperado en gran parte debido a la rigidez del sistema jurídico mexicano y a la falta de asignación de recursos a la Comisión para la correcta implementación de la Ley,⁵ así como por la falta de políticas claras de aplicación de la Ley⁶ que

⁴Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y OCDE, *Políticas y Ley de Competencia Económica en México: Examen inter pares de la OCDE*, Francia, 2004, p.7.

⁵*Ibidem*.

⁶A diferencia de otras legislaciones como en los Estados Unidos de América

PODER SUSTANCIAL CONJUNTO

han generado un cierto grado de incertidumbre para los agentes económicos participantes en el mercado mexicano. Todo ello generando una potencial pérdida de bienestar social.

El PSC⁷ no es más que uno más de esos principios económicos contemporáneos que si bien ya se conocía previo a la teoría de juegos, a partir del desarrollo de esta teoría ha cobrado relevancia y es por ello de vital importancia entenderlo y establecer políticas claras de aplicación.

Es importante señalar que a nivel internacional aún no existe una visión unificada y clara de cómo regularlo. Mientras que en los Estados Unidos de América esta figura no se prevé como un medio para llevar a cabo conductas ilegales por parte de empresas en el mercado, en la Unión Europea ha sido uno de los temas más controvertidos y complejos en materia de competencia económica.

En aquellos países que se prevé el PSC en su legislación se discute si el principal objetivo del PSC es atacar lo que en la literatura económica se conoce como la ‘brecha del oligopolio’⁸ –aquellas conductas dañinas para los mercados que no se encuentran contempladas en las conductas prohibidas del abuso del poder sustancial unilateral– o bien como una herramienta para la apertura de ciertos sectores regulados –como fue el caso del sector de telecomunicaciones en la Unión Europea–.⁹

y la Unión Europea, en México no existen guías, lineamientos o criterios respecto a la aplicación de las normas de competencia económica, tales como la definición de mercado relevante, la determinación de poder sustancial y la existencia de prácticas monopólicas absolutas (acuerdos horizontales) y relativas (acuerdos verticales). Cabe aclarar que recientemente la Comisión tuvo a bien publicar ciertos documentos de referencia sobre la definición de mercado relevante y la determinación de poder sustancial, sin embargo, el autor no considera que éstos puedan hacer las veces de guías o lineamientos debido a que no plantean la visión, criterios y/o experiencia de la Comisión respecto a dichos temas sino que son únicamente estudios de los mismos elaborados por especialistas internacionales de la materia y adicionalmente éstos se encuentran en idioma inglés.

⁷Conocido también como dominancia colectiva, dominancia conjunta, dominancia oligopolística o colusión tácita.

⁸‘*Oligopoly gap*’ en inglés.

⁹Vid. Hawk, Barry, y Motta, Giorgio, *Oligopolies and Collective Dominance: A Solution in Search of a Problem*, Fordham University School of Law. Noviembre 2008.

En los mercados oligopolistas los agentes económicos que participan deben considerar las posibles acciones y reacciones de sus competidores para determinar su conducta en el mercado debido a que éstas afectarán sus utilidades, haciéndolos por tanto a éstos y aquellos interdependientes uno del otro.¹⁰ Esta interdependencia aunada a la intensión de todo agente económico de maximizar sus utilidades, puede resultar en que los competidores individualmente se percaten que de igualar sus conductas sería posible cobrar precios supra-competitivos, lo cual generaría un benéfico económico para todos sin necesidad de que exista un acuerdo o intercambio de información entre ellos.¹¹

III. DEFINICIÓN

Al igual que muchos otros conceptos en materia de competencia económica,¹² la Ley no define el PSC pero nos proporciona elementos para determinar cuándo se presenta.¹³ Dichos elementos pueden englobarse en dos grandes rubros: (i) la capacidad de los agentes económicos involucrados para prevenir competencia en el mercado relevante (que incluye la existencia de barreras a la entrada,¹⁴ el que no exista poder compensatorio de los competidores¹⁵ o poder de compra¹⁶) y (ii) la capacidad para imponer condiciones en el mercado (que incluye fijar precios o restringir el abasto).¹⁷

¹⁰Samuelson, Paul, y Nordhaus, William, *Economía*, 18a Edición, McGraw Hill, 2006, p. 187.

¹¹*Cfr.* Whish, Richard, *Competition Law*, 6a Edición, Oxford University Press, 2009, pp. 546 y 547.

¹²Por ejemplo, agente económico, mercado relevante y poder sustancial.

¹³Artículo 13 de la Ley.

¹⁴Artículo 13, fracción II y IV.

¹⁵Artículo 13, fracción I, III y V.

¹⁶Si bien este último no está expresamente previsto en artículo 13 de la Ley y tanto la Ley como la exposición de motivos de la Reforma solo se refieren a elementos de los competidores para contrarrestar el poder es indispensable tomarse en cuenta al momento de hacer el análisis del poder sustancial.

¹⁷Artículo 13, fracción I.

PODER SUSTANCIAL CONJUNTO

En economía al abuso del PSC se le conoce comúnmente como ‘colusión tácita’ o ‘coordinación tácita’ y se refiere a aquellos casos donde un competidor decide unilateralmente (sin un acuerdo o intercambio de información con sus demás competidores) sobre su comportamiento en el mercado y el mismo resulta igual al de sus demás competidores, generando con ello resultados contrarios a la libre competencia.¹⁸

Respecto de los términos económicos de ‘colusión tácita’ o ‘coordinación tácita’ es necesario hacer dos precisiones. Primera, la ciencia de la economía estudia al fenómeno de la colusión por sus efectos en el mercado sin distinguir, en ocasiones, la intención que pudieran tener los agentes económicos involucrados o los medios utilizados por éstos para alcanzar dicho comportamiento.¹⁹ No obstante, los abogados comúnmente asocian la noción de ‘colusión’ con un comportamiento activo de conspiración²⁰ que se encuentra englobado en los términos “contratos, convenios, arreglos o combinaciones”²¹ o “intercambio de información” previstos en los artículos 9 y 10 de la Ley. Segundo, existen distintas acepciones del término ‘tácito’, jurídicamente por ‘tácito’ se entiende “*que no se expresa formalmente, sino que se supone e infiere*”;²² mientras que en este caso la economía entiende ‘tácito’ como “*callado o silencioso*”.²³ A efecto de evitar discrepancias o posibles confusiones entre economistas y abogados,

¹⁸Samuelson, Paul, y Nordhaus, William, *op. cit.*, p. 184.

¹⁹Debe hacerse notar al lector que existen diversas teorías económicas respecto al PSC y que no es el objetivo ni la intención del presente estudio ahondar en las mismas sino únicamente tomarlas como referencia para explicar que es el PSC.

²⁰*Vid.* por ejemplo: Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 253/2011, p. 72, Probiomed, S.A. de C.V., 8 de diciembre de 2011; en donde se utiliza el término de “colusión tácita” como sinónimo de “práctica concertada”, el cual supone una concertación entre empresas, es decir, un acuerdo entre empresas.

²¹En lo sucesivo entiéndase conjuntamente como “acuerdo”.

²²De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Trigésima Edición, Porrúa, México, 2001, p. 468. El artículo 1803 del Código Civil Federal también define el consentimiento tácito como aquel que “*resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlos...*”

²³Una de dos acepciones previstas por el Diccionario de la Real Academia Española: <<http://www.rae.es/rae.html>>.

consideramos preferible utilizar el término ‘paralelismo unilateral’ o ‘efectos coordinados’²⁴ al referirnos al PSC²⁵ en lugar de ‘colusión tácita’ o ‘coordinación tácita’.

Tomando en consideración las precisiones anteriores el abuso del PSC pudiera definirse como aquel comportamiento paralelo entre agentes económicos, que pueden o no ser competidores pero que dan la impresión en el mercado de una entidad colectiva, adoptado de manera unilateral y que tiene por objeto o efecto la disminución, daño o impedimento, actual o potencial, al proceso de competencia y libre concurrencia. Como se demostrará más adelante la clave de esta definición y elemento de distinción del PSC es que es el comportamiento paralelo sea adoptado de forma unilateral, es decir, situaciones en las cuales dos o más agentes se comportan igual o similarmente en el mercado sin que exista un acuerdo o intercambio de información sobre su conducta en el mercado.

Una vez definido el PSC resulta necesario identificar sus implicaciones en nuestra legislación y en el mercado. Tomando en consideración que la Ley prevé tres figuras jurídicas por las cuales los agentes económicos pudieran realizar conductas anticompetitivas, a saber: prácticas monopólicas absolutas, prácticas monopólicas relativas y concentraciones; a continuación se presenta un estudio de las implicaciones del PSC en dichas figuras jurídicas.²⁶

²⁴Término actualmente utilizado por la Comisión en materia de concentraciones. Cfr. Comisión Federal de Competencia. *Guía para la notificación de concentraciones*. Marzo 2011, p. 16.

²⁵Whish, Richard, op. cit., también sugiere el término ‘paralelismo consciente’, sin embargo el autor menciona que aún la palabra ‘consciente’ pudiera generar la idea de una conspiración y por tanto dar la impresión de que dicha conducta debiera ser investigada como una práctica monopólica absoluta.

²⁶El presente estudio no analiza los posibles impactos que el PSC también pudiera tener en materia de licitaciones y declaratorias de dominancia como bien lo señala Victor Pavón-Villamayor en su artículo “*La Reforma de Poder Sustancial de Mercado ‘Conjunto’ en México*”. Centro de Investigación para el Desarrollo. Octubre 2010, p 9. <<http://www.alconsumidor.org/noticias.php?id=1458>>.

PODER SUSTANCIAL CONJUNTO

IV. PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS

El artículo 9 de la Ley prevé aquellas conductas consideradas como prácticas monopólicas absolutas. En términos de dicho artículo, estas prácticas deben llevarse a cabo entre agentes económicos competidores y se requiere la existencia de un acuerdo explícito o implícito (tácito desde el punto de vista jurídico) o bien el intercambio de información que tenga el objeto o efecto de fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes y servicios.²⁷

Tomando en consideración que, como se mencionó anteriormente, la característica esencial de la definición de PSC es que el comportamiento paralelo sea adoptado por los agentes económicos participantes de forma unilateral y que las prácticas monopólicas absolutas previstas en el artículo 9 de la Ley requieren que exista un acuerdo o intercambio de información entre agentes económicos competidores, aunado al hecho de que no se requiere contar con poder sustancial para incurrir en una práctica monopólica absoluta, resulta evidente que el PSC no podría aplicarse a estas últimas. Sería pues incorrecto sancionar un comportamiento lógico de uno o más agentes económicos realizado tomando en consideración las condiciones imperantes en el mercado en el que operan.

Lo anterior se confirma con la redacción del artículo 13 Bis de la Ley el cual limita la aplicación del PSC a prácticas monopólicas relativas.

Sin embargo, a pesar de que el PSC no aplique para prácticas monopólicas absolutas es necesario tener presente que el comportamiento paralelo de agentes económicos competidores en ocasiones puede ser utilizado como evidencia para demostrar la comisión de dichas prácticas adoptadas mediante acuerdos implícitos.²⁸ A este tipo de evidencia se le conoce como 'eviden-

²⁷Artículo 9, fracción I de la Ley.

²⁸Tanto la Comisión como nuestros tribunales han utilizado eficazmente este tipo de evidencia en sus resoluciones para demostrar la comisión de prácticas monopólicas absolutas. *Vid.* Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del

cia económica' y, como lo reconoce la OCDE, ésta podría ser consistente con cualquier acuerdo o acción independiente por lo cual requiere un análisis cauteloso.²⁹

Por ende, puede concluirse que el comportamiento paralelo entre agentes económicos competidores únicamente debiera ser utilizado como evidencia para demostrar prácticas monopólicas absolutas cuando no exista ninguna otra posible explicación de que los agentes económicos involucrados en el supuesto cartel estén actuando unilateralmente en su propio interés a efecto de evitar llegar al extremo de considerar toda conducta paralela como una práctica monopólica absoluta. Lo anterior especialmente en aquellos mercados altamente concentrados o con tintes oligopólicos debido a que en virtud del número reducido de participantes, en estos mercados por lo general resulta más fácil llevar a cabo conductas paralelas sin necesidad de adoptar un acuerdo entre dichos participantes. La forma de lograr este equilibrio será entendiendo correctamente la teoría de precios y la naturaleza de los oligopolios en los análisis económicos realizados para determinar la posible práctica monopólica absoluta.³⁰

A este respecto vale la pena hacer la precisión que en mercados altamente concentrados o con tintes oligopólicos resulta recomendable que los agentes económicos participantes en dicho mercado cuiden la forma de utilizar y hacer pública la información a que se refieren las fracciones del artículo 9 de la Ley

Primer Circuito. Amparo en Revisión 253/2011, p. 82, Probiomed, S.A. de C.V., 8 de diciembre de 2011.

²⁹OCDE, Policy Roundtables, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence*, 2006, pp. 9, 10 y 20. Consideramos que vale la pena transcribir lo que la OCDE entiende por evidencia económica: "La evidencia económica puede ser clasificada como evidencia de conducta o evidencia estructural. La evidencia de conducta incluye, principalmente, evidencia de una conducta paralela por parte de los miembros de un cartel. Eg.: aumentos de precio simultáneos e idénticos o patrones de oferta sospechosos en licitaciones públicas. También puede incluir evidencia de prácticas facilitadoras aunque esa conducta también puede ser caracterizada como "pruebas de cuasi-comunicación". La evidencia económica estructural incluye evidencia de factores tales como alta concentración de mercado y productos homogéneos." Citado en Amparo en Revisión 253/2011, *op. cit.*, pp. 81 y 82. Traducción propia del texto en inglés.

³⁰Vid. Whish, Richard, *op. cit.*, p. 551.

PODER SUSTANCIAL CONJUNTO

para evitar que pudiera considerarse como evidencia económica de una supuesta colusión.³¹

V. PRÁCTICAS MONOPÓLICAS RELATIVAS

Previo a la Reforma las prácticas monopólicas relativas previstas en el artículo 10 de la Ley únicamente podían llevarse a cabo por un agente económico que individualmente contara con poder sustancial en el mercado relevante. Con la introducción de la figura de PSC en nuestra legislación se pretende que ahora las prácticas monopólicas relativas también puedan actualizarse cuando dos o más agentes económicos cuenten conjuntamente con poder sustancial en el mercado relevante.

En la Unión Europea es reconocido que un agente con una posición dominante tienen una *responsabilidad especial* de no permitir que su conducta distorsione la competencia en el mercado relevante. Análogamente, en el caso mexicano se pudiera considerar que agentes económicos con poder de mercado tienen una responsabilidad especial de no realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 10 de la Ley, salvo que se acrediten ganancias en eficiencia, debido a que únicamente ellos pueden incurrir en alguna de las conductas previstas en dicho artículo.³² En este orden de ideas, con la introducción del PSC dicha responsabilidad especial se extiende a aquellos agentes económicos que participen en mercados concentrados u oligopólicos.

Lo anterior implica que con la Reforma el ámbito de aplicación del artículo 10 de la Ley se ha extendido considerablemente y puede ahora ser objeto de investigación por prácticas monopólicas relativas un cumulo mayor de agentes económicos.

De no adoptarse un parámetro mínimo para la aplicación del PSC, a la luz de los agentes económicos que participan en

³¹Ejemplo de ello sería que los agentes económicos utilicen los mismos distribuidores o la publicación de precios futuros a clientes.

³²OCDE, *Competition on the Merits, Series Roundtables on Competition Policy, DAF/COMP (2005)27, 30 de marzo de 2006*, p. 166.

el mercado mexicano, la Reforma implicará que agentes económicos que no cuentan individualmente con poder sustancial en el mercado deberán realizar un análisis económico para determinar la estructura del o los mercados en que participan previo a implementar prácticas comerciales que pudieran ser consideradas práctica monopólicas relativas a efecto de evitar infringir la Ley.

Tomando en consideración que previo a la Reforma dichos agentes económicos únicamente debían preocuparse por no incurrir en alguna de las conductas consideradas como prácticas monopólicas absolutas, las cuales son relativamente sencillas de comprender, y que hoy en día aún existe una falta de conocimiento de la materia de competencia económica en México, resulta difícil creer que agentes económicos no dominantes llevarán a cabo dicho análisis económico. Si a ello se adiciona que la estructura de los mercados en México suele ser concentrada y que existe una tendencia internacional a que este tipo de estructuras de mercado se incrementen debido a la globalización, la introducción del PSC pudiera generar como resultado un temor, muy probablemente infundado, de agentes económicos no dominantes para llevar a cabo alguna de las conductas previstas en el artículo 10 de la Ley, lo cual a su vez generaría una pérdida de bienestar social y menor competencia en los mercados.

A. Integración del PSC

La experiencia de la Unión Europea³³ demuestra que en la gran mayoría de los casos de abuso de PSC se presenta entre agentes económicos competidores (“PSC horizontal”).

Todo parece indicar que este también será el caso en México debido a que la invitación de la Comisión para elaborar los criterios técnicos para la determinación de poder sustancial para uno o varios agentes económicos en términos de los artículos 13 y 13 bis de la Ley Federal de Competencia Económica (la “Invitación de la Comisión”) señala que:

³³Una de las jurisdicciones con mayor experiencia en el tema de PSC.

PODER SUSTANCIAL CONJUNTO

“Desde el punto de vista económico, las empresas que tienen PSC participan en el mismo mercado relevante, es decir, implica a competidores horizontales y no puede utilizarse para agentes que operan en mercados distintos, salvo que existan ligas estructurales que los haga comportarse como un solo agente (por ejemplo tenencia accionaria)”.³⁴

Existe un precedente en el cual la Comisión se refirió al concepto de PSC para agentes económicos competidores en los mercados de servicios de telefonía local fija y de servicios de comunicación móvil, por considerar que de manera conjunta las empresas denunciadas tendrían capacidad para restringir el abasto de servicios o fijar precios unilateralmente.³⁵ Sin embargo, la Comisión declaró la denuncia improcedente y proporcionó pocos elementos para el análisis del PSC.

Ahora bien, como lo señala la Invitación de la Comisión desde el punto de vista económico el PSC también puede utilizarse, aunque en menor medida, para agentes que operan en mercados distintos y principalmente será en aquellos casos en los cuales los agentes operan en un nivel distinto de la cadena productiva (“PSC vertical”).

Lo anterior se confirma con la experiencia de la Unión Europea en donde la Comisión Europea y los tribunales Europeos han reconocido la existencia de PSC vertical. La Comisión Europea encontró dominancia colectiva vertical entre Irish Sugar, un productor de azúcar, y Sugar Distributors Ltd. (“SDL”), un distribuidor de azúcar. En este caso, a pesar de no existir un control legal o de *facto* por parte de Irish Sugar en SDL la Comisión Europea concluyó que la

³⁴<www.cfc.gob.mx>.

³⁵Investigación de Prácticas Monopólicas Relativas en los Mercados de los Servicios de Telefonía Local Fija y de Servicios de Comunicación Móvil: Miditel/Midicel/ Teléfonos de México / Operadora Unefon / Pegaso Comunicaciones y Sistemas / Axtel / Radiomóvil Dipsa, Gaceta de Competencia Económica, Año 6, No. 6 (Mayo-Agosto 2003). Vid. PAVÓN-VILLAMAYOR, Victor, “La Reforma de Poder Sustancial de Mercado ‘Conjunto’ en México”. Centro de Investigación para el Desarrollo. Octubre 2010, pp. 14 y 15. <<http://www.alconsumidor.org/noticias.php?id=1458>>.

combinación de la participación accionaria de Irish Sugar en SDL, la estructura para implementar las políticas de las dos empresas y el proceso de comunicación establecido para facilitar lo dirigía a vínculos económicos directos entre ambas que creaban un claro paralelismo de interés que era considerado como PSC en los mercados de azúcar industrial y al menudeo en Irlanda.³⁶

El caso Europeo anteriormente expuesto nos lleva a reflexionar si pudiera presentarse el PSC vertical en México y si existe alguna distinción o semejanza con los precedentes judiciales existentes, específicamente aquellos relacionados con el concepto de 'grupo económico'.

En México nuestro más alto tribunal ha señalado que los grupos económicos, en un momento dado, pueden considerarse como un agente económico en términos del artículo 3 de la Ley³⁷. El concepto de grupo económico acuñado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación denota la proximidad de dicho concepto con aquel del PSC vertical por lo que hace indispensable analizar ambos para determinar si existe alguna distinción entre ellos. Lo anterior se confirma con el ejemplo de PSC vertical proporcionado en la Invitación de la Comisión respecto a la tenencia accionaria.

A efecto de ahondar en el análisis, a continuación se transcribe la parte conducente de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al término de grupo económico:

"Es factible hablar de un grupo económico cuando un conjunto de personas físicas o morales entidades o dependencias, entre otras, tiene intereses comerciales y financieros afines y coordinan sus actividades para lograr el objetivo común, o bien, se unen para la realización de un fin determinado en aras de obtener dichos intereses comerciales y financieros comunes. En

³⁶Irish Sugar OJ [1997] 1 258/1, [1997] 5 CMLR 666.

³⁷Amparo en Revisión 169/2007, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Octubre de 2007. Ponente: José Ramón Cossío Díaz.

PODER SUSTANCIAL CONJUNTO

estos casos, es necesario analizar el comportamiento colectivo de las empresas o personas que conforman ese grupo, pues el simple hecho de que estén organizados como tal, no implica que necesariamente todos sus componentes se encuentran vinculados a un grado tal que no puedan actuar de manera aislada e independiente entre sí, o bien, sin el conocimiento de algunas actividades que no les sean propias a sus funciones y que sólo correspondan a dos o más componentes dentro del grupo económico”.³⁸

Como se puede apreciar de la definición anterior, pudiera parecer que no existe distinción alguna entre un grupo económico y agentes económicos con PSC vertical puesto que tanto el grupo económico como los agentes con PSC se refieren a entidades distintas con intereses afines que se coordinan (tácita o expresamente) para lograr un objetivo común. Sin embargo, dicha resolución nos da elementos adicionales para determinar cuándo puede existir un grupo económico, mismos que denotan la distinción entre estos conceptos:

“Para considerar que existe un grupo económico y que puede tener el carácter de agente económico para efectos de la Ley Federal de Competencia Económica, se debe analizar si una persona, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva o control sobre la otra, ya sea de iure o de facto”.³⁹

La diferencia entonces entre grupo económico y agentes con PSC que operan en distintos mercados radica en que en el grupo económico se requiere contar con una persona que coordine a las empresas agrupadas y que dicha persona pueda ejer-

³⁸*Ibidem*, p. 105.

³⁹*Ibidem*, pp. 106 y 107.

cer una influencia decisiva o control, de *iure*⁴⁰ o de *facto*,⁴¹ sobre las otras, es decir, debe existir una relación de subordinación; mientras que en el PSC los agentes económicos involucrados únicamente deberán tener vínculos comerciales o financieros⁴² suficientes para crear intereses paralelos con respecto a terceros sin necesidad de que exista una relación de subordinación por parte de una persona coordinadora.

En virtud de lo anterior se puede afirmar que para acreditar la existencia de ambas se requiere comprobar la existencia de un vínculo entre los agentes participantes, sin embargo, dicho vínculo es distinto para cada una de ellas. El vínculo a que se refiere el grupo económico es un vínculo de control o decisión, lo cual implica que se trata de una sola unidad económica. Por el contrario, el vínculo del PSC se refiere a un vínculo comercial o financiero que hace que los agentes participantes adopten unilateralmente una conducta común y por tanto se presenten como una unidad colectiva frente a terceros debido a los intereses paralelos que existen entre ellos.

Lo anterior se confirma con la siguiente jurisprudencia:

“COMPETENCIA ECONÓMICA. CORRESPONDE A LA

⁴⁰“El control de *iure* puede darse de diversas formas, entre otras cuando:

a) Una persona adquiere la mayoría de las acciones de una empresa [nota: el pie de página presenta diversos supuestos];

b) Existe la facultad de dirigir o administrar a otra en virtud de un contrato, convenios de abastecimiento de largo plazo, el otorgamiento de créditos o cuando una parte importante de los ingresos de una empresa dependan de la venta de los productos de la otra;

c) Se tiene la capacidad o derecho de designar la mayoría de los miembros del consejo de administración u órgano equivalente de otra;

d) Existe la capacidad o el derecho de designar director, gerente o factor principal de la otra; o

e) Tenga vínculos por parentesco consanguíneo o afinidad en una o diversas personas morales.” *Ibidem*, p. 107.

⁴¹“Por otro lado, el análisis del control de *facto* debe atender no sólo al nivel de participación accionaria cuando ningún socio tiene mayoría absoluta, sino también a la posibilidad de que un socio minoritario pueda obtener mayoría en las asambleas dado el nivel de asistencia, la posición de los otros accionistas (dispersión, vínculos de tipo estructural, económico o familiar con el accionista principal); y el interés financiero.” *Ibidem*, pp. 107 y 108.

⁴²Asumimos que en la Invitación de la Comisión la Comisión se refirió a estos vínculos como ‘ligas estructurales’.

PODER SUSTANCIAL CONJUNTO

EMPRESA SANCIONADA DEMOSTRAR QUE NO FORMA PARTE DEL GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO AL QUE SE ATRIBUYE LA INSTRUMENTACIÓN Y COORDINACIÓN DE LAS CONDUCTAS CONSIDERADAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. Cuando con motivo de una relación vertical entre empresas de un grupo de interés económico la Comisión Federal de Competencia presume que una de ellas ejerce influencia sobre las otras, lo que le permite instrumentar y coordinar la realización de conductas consideradas prácticas monopólicas, y ante dicha circunstancia el citado órgano sanciona a un agente económico en lo individual, corresponde a éste demostrar que no es integrante de la unidad económica, lo cual requerirá acreditar que determina su política comercial de forma autónoma e independiente”.⁴³

Este ha sido también el caso en la Unión Europea en la cual por un lado la Comisión Europea ha adoptado la doctrina de una ‘única entidad económica’⁴⁴ al definir el término de ‘*undertaking*’ que es el símil del término ‘agente económico’ en México y por el otro ha aplicado el PSC vertical.⁴⁵

B. Abuso del PSC

Al igual que en el caso de los monopolios, el contar con PSC no es ilegal *per se* sino que debe existir un abuso de éste por parte de los agentes económicos que lo integran para que la conducta pueda ser considerada como anticompetitiva. Dicho en otras

⁴³Novena Época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Noviembre de 2008, p. 1227. Tesis: I.4o.A. J/69. Amparo en revisión 479/2006. Yoli de Acapulco, S.A. de C.V., 18 de junio de 2008.

⁴⁴Conocida en inglés como ‘*the single economic entity doctrine*’. *Vid.*: Bélguelin Import v. GL Import Export Caso 22/71 [1971] ECR 949, [1972] CMLR 81; Corinne Bodson v. Pompes Funébres des Régions Libérées SA Caso 30/87 [1988] ECR 2479, [1989] 4 CMLR 984; y Viho v. la Comisión Europea Caso T-102/92 [1995] ECR II-17, [1995] 4 CMLR 299, entre otros.

⁴⁵Irish Sugar, *op. cit.*

palabras, que dos o más agentes se comporten paralelamente en el mercado no será ilegal salvo que se abuse del PSC mediante actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser: (a) desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; (b) impedirles sustancialmente su acceso; o (c) establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas.⁴⁶

Para que la Comisión pueda demostrar un abuso del PSC deberá acreditar lo siguiente:

1. La participación de los agentes económicos de que se trate en alguna de las conductas previstas en el artículo 10 de la Ley;
2. La conducta cometida por los agentes involucrados sea o pueda tener como objeto o efecto desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas;⁴⁷
3. Que la estructura del mercado relevante sea tal que pueda presentarse el PSC, es decir, un mercado con tintes oligopólicos; y
4. La existencia de PSC en términos de los artículos 13 y 13 bis de la Ley.

Adicionalmente, la Comisión deberá tomar en consideración las posibles ganancias en eficiencia derivadas de la conducta que incidan favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia.⁴⁸

Como se demuestra anteriormente, para acreditar la realización de una práctica monopólica relativa por agentes económicos con PSC la Comisión deberá acreditar elementos adicionales a los que tendría que acreditar para el caso de que dicha práctica se llevara a cabo por un agente en lo individual. Aparte de una mayor carga para que la Comisión compruebe este tipo de conductas, ello genera posibles fuentes adicionales de diver-

⁴⁶Artículo 10 de la Ley.

⁴⁷*Ibidem*.

⁴⁸Artículo 10 de la Ley.

PODER SUSTANCIAL CONJUNTO

gencia de opiniones y por tanto posible controversia respecto a una resolución emitida por la Comisión.

Especial importancia reviste la fracción II el artículo 13 bis de la Ley a pesar de que su desafortunada redacción genera incertidumbre de cómo debiera interpretarse. Dicha fracción establece que uno de los elementos necesarios para acreditar el PSC es: *“que exista un comportamiento similar sostenido, implícito o explícito, entre los agentes económicos de que se trate”* lo cual quiere decir que debe existir un incentivo para no separarse de la política común adoptada por los agentes económicos en cuestión.

Atendiendo a la experiencia europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha determinado que dos o más agentes económicos pueden tener conjuntamente PSC *“siempre y cuando desde el punto de vista económico éstos se presenten a sí mismos o actúen conjuntamente en un mercado en particular como una entidad colectiva”*,⁴⁹ es decir, que no exista competencia efectiva entre ellos.⁵⁰ A este respecto la Unión Europea ha agregado que existen tres condiciones acumulativas para acreditar la existencia del PSC:⁵¹

- a) Que los agentes participantes en el oligopolio dominante puedan conocer el comportamiento de los demás agentes participantes para determinar si están adoptando unilateralmente la política en común.
- b) Que el paralelismo unilateral pueda ser sostenido en el tiempo.⁵²
- c) Que la posible reacción de competidores presentes o futuros, así como de consumidores, no pueda eliminar los resultados esperados de la política común.

⁴⁹Compagnie Maritime Belge Transports v Commission C-395 y C-396/96 P [2000] ECR I-1365, [2000] 4 CMLR 1076. Traducción propia.

⁵⁰Es importante señalar que utilizando el parámetro del Tribunal de Justicia no es necesario especificar la naturaleza del vínculo o liga que debe existir entre los agentes económicos involucrados para acreditar el PSC. *Cfr.* Roth, Peter y Vivien, Rose, *Bellamy and Child: European Community Law of Competition*, 6a Edición, Oxford University Press, 2010, p. 940.

⁵¹Laurent Piau T-193/02 [2005] 5 CMLR 42.

⁵²Este requisito es similar al previsto por la fracción II del artículo 13 bis de la Ley.

En varias ocasiones la Comisión Europea ha encontrado un abuso del PSC, tal es el caso de *Cewal*⁵³ en el cual considero que los transportistas miembros de una conferencia marítima denominada Associated Central West Africa Lines (Cewal) realizaron varias prácticas con la intención de desplazar a sus competidores del mercado, tales como discriminación de precios y descuentos a cambio de exclusividad. En este caso, los miembros de la conferencia conjuntamente tenían más del 90% del mercado y habían realizado dichas conductas con el propósito de sacar del mercado a su único competidor Grimaldi y Cobelfret. Asimismo, en el caso de *TACA*,⁵⁴ la Comisión Europea considero que los miembros de la conferencia marítima denominada Trans-Atlantic Conference Agreement (TACA) habían abusado de su PSC (aproximadamente un 60% del mercado) al negarse a prestar servicios de transporte en virtud de contratos de servicio de carácter individual.

Respecto a la experiencia Europea, es importante hacer notar que la mayoría de las resoluciones en las que se ha determinado la existencia de PSC se refieren a sectores específicos tales como telecomunicaciones, puertos y transportación marítima y terrestre; los cuales tienen características especiales en materia de competencia económica, ya que por lo regular existen barreras a la entrada en dichos mercados que limitan el acceso a nuevos competidores.

Finalmente, existen otros aspectos de la aplicación del PSC que deberán aclararse a efecto de comprender el alcance de esta figura en nuestra legislación y evitar incertidumbre por parte de los agentes económicos.

Uno de estos aspectos es la posibilidad de que exista PSC en un mercado en el cual ya exista un agente económico que cuente con poder sustancial en lo individual. Parecería que la respuesta a dicha interrogante es afirmativa si tomamos en cuenta el precedente de la Comisión en materia de telefonía local fija en el cual determinó que a pesar de que Telmex contaba con

⁵³ Associated Central West Africa Lines OJ [1993] L 34/2, [1995] 5 CMLR 198.

⁵⁴ Trans-Atlantic Conference Agreement OJ [1999] L 95/1, [1999] 4 CMLR 1415.

PODER SUSTANCIAL CONJUNTO

la capacidad de fijar precios unilateralmente o para restringir el abasto de servicios, fue considerado como parte del grupo de agentes que conformaban el PSC.

Otro aspecto a resolver es si es posible que uno o algunos de los agentes económicos que detentan el PSC abusen de éste o bien si se requiere del abuso de todos los que lo detentan. En la Unión Europea existe un precedente en el cual el Tribunal General (antes el Tribunal de Primera Instancia) resolvió que el abuso del PSC puede ser ejercido conjunta o individualmente, sin embargo, dicha resolución ha sido criticada principalmente por no haber aportado elementos suficientes para entender en que supuestos pudiera presentarse este caso.⁵⁵

VI. CONCENTRACIONES

En términos del artículo 16 de la Ley en materia de concentraciones la Comisión tiene la tarea de impugnar y sancionar aquellas concentraciones que tengan como objeto o efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

Más aún, el artículo 18 de la Ley establece los elementos que la Comisión deberá tomar en consideración para llevar a cabo dicha tarea. Uno de estos elementos es los efectos que la concentración pudiera tener con respecto a los demás competidores.⁵⁶ La teoría económica señala que dichos efectos pueden ser de dos tipos: (i) efectos contrarios a la coordinación, que son aquellos en los cuales se amplía la asimetría estructural entre los competidores reduciendo por tanto los incentivos para el paralelismo unilateral; y (ii) efectos que promueven la coordinación, que son aquellos en los cuales se reduce la asimetría estructural entre los competidores ampliando por tanto los incentivos para el paralelismo unilateral.⁵⁷

⁵⁵Irish Sugar, *op. cit.*

⁵⁶Artículo 18, fracción III de la Ley.

⁵⁷Cfr. Pavón-Villamayor, Victor, *op. cit.*

Algunos expertos en la materia han argumentado que la Comisión no cuenta con facultad expresa para tomar en consideración los posibles efectos coordinados que una concentración pudiera generar en el mercado. Sin embargo, dicha postura ha sido refutada (incluso previo a la Reforma) argumentando que la fracción III del artículo 17 de la Ley permite a la Comisión considerar como un indicio de una concentración prohibida por la Ley que el acto o tentativa *“tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta Ley”*. Lo anterior implica que a efecto de prevenir la posible creación de un cártel es indispensable que la Comisión analice los posibles efectos coordinados de las concentraciones que se pretenden llevar a cabo. En virtud de lo anterior, es posible concluir que previo a la Reforma la Comisión ya tomaba en consideración el eventual paralelismo unilateral o PSC que una concentración pudiera generar en el mercado en cuestión.

Otro de los elementos que la Comisión debe tomar en consideración para determinar si la concentración debe ser impugnada o sancionada es el análisis del poder de mercado relevante, de conformidad con el artículo 13 de la Ley, de los agentes económicos que abastecen el mercado de que se trate y el grado de concentración de dicho mercado⁵⁸. Por lo cual la reforma al artículo 13 de la Ley, que incluye la posibilidad de que el poder sustancial en el mercado relevante pueda ser ejercido por más de un agente económico, refuerza el argumento de que la Comisión está facultada para considerar el PSC en materia de concentraciones.

No obstante, una crítica a la Reforma es la incongruencia que se genera por no haber reformado también el artículo 17 fracción I de la Ley debido a que alude únicamente al poder sustancial individual. Dicha disposición establece como un indicio para la investigación de concentraciones prohibidas por la Ley, que el acto o tentativa:

⁵⁸Artículo 18, fracción II de la Ley.

PODER SUSTANCIAL CONJUNTO

“I.- Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder”

Otra crítica a la Reforma es que los elementos que la Comisión deberá acreditar para determinar la existencia del PSC se limitan a los casos de prácticas monopólicas relativas.⁵⁹ Por ende, deja a discreción de la Comisión la valoración del PSC en materia de concentraciones, generando incertidumbre a los agentes económicos respecto al proceso de análisis de la Comisión de los posibles efectos coordinados que pudieran resultar de una eventual concentración.

En virtud de dicha incertidumbre en la regulación de concentraciones resulta indispensable que el nuevo Reglamento de la Ley establezca los elementos que la Comisión tomará en consideración para valorar el PSC que se pudiera generar como resultado de concentración. Lo que es más, resulta de vital importancia que la Comisión emita nuevos criterios técnicos para el análisis económico de las concentraciones similares a aquellos emitidos por dicha dependencia en el 2004.

VII. RECOMENDACIONES

En la materia de competencia económica siempre ha existido y siempre existirá una brecha entre los avances en el estudio de la materia de economía y la regulación del derecho de competencia económica. Lo anterior no necesariamente tiene una connotación negativa puesto que los avances en economía deben ser probados y comprobados previo a su adopción en la legislación a efecto de dar seguridad jurídica a los participantes de la economía nacional. Es por ello que al día de hoy el tratamiento del PSC en diversas jurisdicciones es distinto.

⁵⁹Artículo 13 bis de la Ley.

Con la introducción del PSC el legislador mexicano intentó seguir la tendencia internacional, principalmente de la Unión Europea, adoptando una visión más económica de la materia de derecho de competencia económica.⁶⁰ No obstante, en un afán por seguir dicha tendencia internacional,⁶¹ pareciera que el legislador no tomó en consideración el avance que ha tenido la materia en cuestión en México y la etapa de madurez en la cual se encuentra actualmente.

Tomando en consideración las pocas resoluciones judiciales emitidas en nuestro país en materia de derecho de competencia económica, resulta evidente que los tribunales mexicanos aún no están preparados para aplicar conceptos económicos tales como el paralelismo unilateral. Esto, aunado al incremento de las multas y las nuevas atribuciones de la Comisión previstas en la Reforma, pudiera generar una pérdida de seguridad jurídica para los agentes participantes en el mercado y con ello desincentivar la inversión y la competencia en el país, resultando consecuentemente en una pérdida de bienestar social para la economía nacional.

En virtud de lo anterior, es recomendable que la evolución del derecho de competencia económica avance con pasos lentos pero firmes con el objetivo de asegurar que tanto la legislación, como la actuación de la Comisión y de los tribunales vayan de la mano y no exista una divergencia entre la Ley y su aplicación, o bien, entre la aplicación de la Ley por las distintas autoridades del país.⁶²

No obstante pareciera que el intento de crear tribunales especializados en la materia es un esfuerzo por evitar la divergencia antes mencionada, sin entrar al estudio de los posibles beneficios o prejuicios que pudiera generar su creación para el país, consideramos que se requieren más acciones a efecto de evitarla y efectivamente lograr el cambio esperado en materia de

⁶⁰Desconocemos si consciente o inconscientemente.

⁶¹Como ya se ha visto en anteriores reformas a la Ley e incluso mencionado en sus exposiciones de motivos.

⁶²Entiéndase, una visión prioritariamente económica por parte de la Comisión y una visión prioritariamente legal por parte de los tribunales.

PODER SUSTANCIAL CONJUNTO

competencia económica; uno de los cuales es dotar de mayores recursos económicos a la Comisión.

Por otra parte, de no regular correctamente el PSC puede anticiparse que competidores actuales o potenciales en mercados altamente concentrados pudieran intentar denunciar a sus competidores por prácticas monopólicas relativas, argumentando que conjuntamente cuentan con poder sustancial, como una estrategia comercial para intentar mejorar su posición en el mercado a través de mecanismos legales y no de los méritos que éstos generen en la competencia. Más aún, la regulación incorrecta del PSC puede también limitar la libertad de ejercer el comercio a agentes económicos pequeños lo cual también conllevaría a efectos adversos para la competencia en México.

En virtud de lo anterior, consideramos que al menos por el momento la ‘brecha del oligopolio’ no debiera intentar evitarse a través de la prohibición de conductas a agentes económicos ubicados en mercados altamente concentrados o con tintes oligopólicos, es decir, con la aplicación del poder sustancial conjunto, sino a través de soluciones estructurales, tales como la regulación de concentraciones, que permitan prevenir que la estructura de los mercados consienta el paralelismo unilateral y a la vez cuidando que en estos mercados se eliminen las posibles barreras a la entrada o de expansión existentes.

No obstante, si la Comisión optara por intentar aplicar el PSC consideramos indispensable que el Reglamento de la Ley y los criterios técnicos a ser emitidos por la Comisión debieran aclarar en qué supuestos pudiera ser aplicable el PSC y los elementos adicionales a los previstos en la Ley que la Comisión tomará en cuenta para acreditarlo puesto que de lo contrario pudiera generarse inseguridad jurídica y la posibilidad de una violación a las garantías de legalidad previstas en la Constitución para los agentes económicos en cuestión.

Una alternativa para regular el PSC⁶³ pudiera ser adoptar un “espacio protegido” o “*safe harbor*” (zona en la cual se con-

⁶³Que pudiera ser incluso temporal en tanto la Comisión y los tribunales adquieran el conocimiento y experiencia necesarios para resolver casos referentes al PSC.

CARLOS ERNESTO ORCÍ BEREÁ

sidera que no pudiera existir PSC) para la aplicación del PSC en el cual se establezca un porcentaje mínimo de participación de mercado individual que debe tener cada uno de los agentes económicos involucrados para que pudiera presentarse un abuso del PSC. Dicha participación de mercado individual pudiera ser del 30% al igual que aquella prevista por la Unión Europea para acuerdos verticales.⁶⁴

Recibido: 20-02-2012
Aprobado: 25-06-2012

⁶⁴Comisión Europea, Directrices relativas a las restricciones verticales. OJ C 130, 19.05.2010, p. 1.