

Febrero 2009

Concentraciones prohibidas y poder de mercado en la Ley de Competencia

Temas de discusión

Por Álvaro R. Sánchez González

La presente nota es una opinión personal. No refleja necesariamente la posición de VA&BA

1. En esta Nota se plantea que la fracción I del artículo 17 de la Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”) constituye el rubro fundamental del artículo, mientras que las otras dos fracciones resultan accesorias para tomar una decisión respecto a la aprobación o prohibición de una concentración.
2. La LFCE define en el artículo 16 lo que debe entenderse por concentración. Dicho artículo contiene también las condiciones bajo las cuales una concentración debería prohibirse o sancionarse.
3. En el artículo 17 la LFCE se establecen las conclusiones básicas que deberían derivarse de conformidad con la delimitación del mercado relevante (artículo 18 y artículo 12) y la evaluación del poder de mercado (artículo 18 y artículo 13).
4. Los artículos 16 y 17 de la LFCE citan:

*“Artículo 16.-... La Comisión [Comisión Federal de Competencia] **impugnará** y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.”¹*

“Artículo 17.- En la investigación de concentraciones, la Comisión habrá de considerar como indicios de los supuestos a que se refiere el artículo anterior, que el acto o tentativa:

- 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;*
- II. *Tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante; y*
- III. *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.”*

¹ En esta Nota se entiende “impugnar” como equivalente a “prohibir”. Esta interpretación parece ser la que aplica actualmente la CFC, sin embargo pudiera ser debatible.

5. La fracción I transcrita anteriormente contiene claramente el concepto de poder sustancial en un mercado relevante. Esto es, la capacidad de un agente económico de decidir independientemente de otros, el precio o la cantidad en un determinado mercado. Nótese que esta fracción parece hacer referencia al lado de la oferta, mientras que posteriormente, en la fracción III del artículo 18 se considera también el lado de la demanda.
6. Por su parte, la fracción II alude a las prácticas monopólicas relativas, (e.gr. restricciones verticales) contenidas en el artículo 10. Para que tales prácticas sean sancionadas debe comprobarse que las lleva a cabo un agente económico con poder sustancial en el mercado en el que se realiza tal práctica.
7. La fracción III alude tanto a las prácticas monopólicas absolutas como a las relativas. La alusión a las prácticas monopólicas se hace prácticamente desde la fracción II, por lo que su mención es un tanto redundante. Por lo que hace a los cárteles o a las prácticas colusivas, esto es las prácticas monopólicas absolutas contenidas en el artículo 9, éstas son prohibidas y sancionadas sin necesidad de determinar el poder de mercado de ninguna de las partes involucradas.
8. Finalmente, nótese que las fracciones II y III se encuentran conectadas por la conjunción “y”, de esta forma es razonable considerar que las tres fracciones se encuentran conectadas por esta misma palabra “y”, aunque tal letra no aparezca entre las fracciones I y II. Dada esta estructura del artículo 17 se concluye que las tres fracciones no son independientes entre sí.
9. Bajo el supuesto de que esta lectura es correcta, se pueden ejemplificar los siguientes escenarios:
 - i. Cierta concentración le conferirá (o fortalecerá) a la parte que concentra poder sustancial en el mercado relevante involucrado. **La Comisión está facultada para prohibir este acto.**
 - ii. Cierta concentración no conferirá a la parte que concentra poder sustancial en el mercado relevante involucrado. No obstante, el mercado está altamente concentrado y la transacción reducirá aún más el número de agentes competidores, sentando las bases para presuntos actos colusivos entre tales agentes. **La Comisión no tendría bases legales para prohibir este acto al no acreditarse la fracción I del artículo 17.**
 - iii. Cierta concentración no conferirá a la parte que concentra poder sustancial en el mercado relevante involucrado. No obstante, el mercado está altamente concentrado y la transacción reducirá aún más el número de agentes competidores, sentando las bases para presuntos actos colusivos entre tales agentes, los cuales cuentan todos o algunos (incluyendo al fusionante), con

poder sustancial de mercado “conjunto o colectivo”. **La Comisión no tendría bases legales para prohibir dicho acto debido a que el concepto de poder de mercado “colectivo o conjunto” no se encuentra contenido en la LFCE.**

10. Una lectura alternativa de la fracción III del artículo 17 podría derivarse del hecho de que las prácticas colusivas son prohibidas o sancionadas aun cuando ninguno de los involucrados tenga poder sustancial de mercado. De esta forma, podría argumentarse que esta fracción puede considerarse independiente de la fracción I, situación que sería equivalente a evaluar una concentración sin consideración alguna respecto de la creación o fortalecimiento del poder de mercado.
11. La Comisión podría entonces prohibir cierta concentración si cuenta con elementos suficientes y razonables para presumir potenciales conductas colusivas entre las partes involucradas en dicha concentración y otros agentes competidores. En principio tales situaciones podrían surgir en algunos mercados altamente concentrados (considerando además otros factores coadyuvantes), sin embargo, a la fecha no se identifican antecedentes públicos en los que la Comisión haya aplicado una interpretación “independiente” de la fracción III para efectos de prohibir una concentración.
12. De hecho, resulta difícil imaginar que la autoridad decidiera prohibir una concentración, por ejemplo cuando las partes involucradas fueran en su conjunto más pequeñas o apenas equivalentes en tamaño a un tercer competidor, ya que esta prohibición tendría una alta probabilidad de favorecer la posición competitiva de este tercer competidor. Por otro lado, si el agente originado por la concentración resultara de mayor tamaño que un tercer competidor, la presunción de que el primero adquiriría poder sustancial de mercado sentaría las bases para impugnar el acto, con base en la fracción I del artículo 17.

.|.|.|.|.