

[Nota. Este documento ha sido propuesto para su publicación por la Barra Mexicana Colegio de Abogados]

COMPETENCIA EFECTIVA Y PODER SUSTANCIAL CONJUNTO

Una propuesta de reforma a la Ley Federal de Competencia Económica

Alvaro R. Sánchez G. y Rubén Sánchez Romero¹

Enero 2008

I. INTRODUCCIÓN

1. El poder sustancial de mercado y la competencia efectiva son dos conceptos fundamentales en el análisis de competencia económica. El propósito de este ensayo es señalar la diferencia que existe entre ambos y subrayar la importancia de que la normatividad correspondiente identifique cada uno por separado. Las distintas consecuencias jurídicas y económicas derivadas de la presencia de estos fenómenos justifican la tarea de tipificarlos detalladamente, haciendo necesario reformar la Ley Federal de Competencia Económica.

2. La Ley Federal de Competencia Económica (LFCE o Ley) emplea el concepto de poder sustancial de mercado para señalar el poder monopólico de un agente económico en un mercado determinado. El concepto tiene un sentido más amplio que el meramente etimológico de monopolio. La Ley considera que un agente económico tiene poder sustancial de mercado cuando tiene la capacidad de decidir unilateralmente el precio o el abasto de un bien (o servicio), sin necesidad de ser el único productor del bien, para este efecto basta que ningún competidor tenga la capacidad de establecer un precio o abasto distinto que afecte las decisiones y resultados esperados por el agente con poder sustancial.

3. La Ley instruye la aplicación del concepto de poder sustancial de mercado (PSM) en dos situaciones claramente delimitadas:

- i. Para determinar y sancionar conductas monopólicas relativas; y
- ii. Para impugnar o sancionar concentraciones.

En contraste con la delimitación y aplicación del concepto de PSM que contiene la LFCE, el concepto de competencia efectiva no tiene ningún desarrollo específico en la Ley, sin embargo, dicho concepto establece un vínculo directo entre el análisis de competencia de un mercado y la aplicación de medidas de regulación en ese mercado.

4. Existen ciertos ordenamientos en la legislación, por ejemplo el Reglamento de Gas Licuado de Petróleo y la Ley de Aviación Civil, que conllevan un vínculo entre el análisis de competencia en un mercado que realice la Comisión Federal de Competencia (CFC) y medidas de política que a partir de dicho análisis pueda establecer la autoridad reguladora de dicho mercado.

¹ Alvaro R. Sánchez G., economista consultor en el Despacho Valdés Abascal y Brito Anderson, S.C.
Rubén Sánchez Romero, economista e internacionalista.

Este documento se presenta a título personal y no necesariamente refleja la posición del Despacho.

5. Es conveniente resaltar que la Ley plantea que el concepto de competencia efectiva y el concepto de PSM son términos análogos y que el análisis para determinar si hay condiciones de competencia efectiva o presencia de un agente con PSM debe realizarse en los mismos términos. La información disponible a la fecha permite identificar que el concepto de competencia efectiva empleado por la CFC implica el concepto de poder sustancial conjunto de mercado.

6. Debido a la imprecisión con que la LFCE aborda el concepto de competencia efectiva, se han realizado evaluaciones y establecido conclusiones con base en elementos que no son previstos por la Ley. En este documento se señalan algunos ejemplos al respecto y se formula una propuesta de reforma a la Ley que permitiría atender tal problemática.

7. En los apartados II y III se lista el articulado de la LFCE que contiene el concepto de PSM y el de competencia efectiva, respectivamente. En el apartado IV se señalan ejemplos de decisiones que tratan el concepto de competencia efectiva y se apunta cómo, sin ser mencionado explícitamente, se asocia el concepto de poder sustancial conjunto de mercado. En el apartado V se mencionan las implicaciones que estos conceptos tienen sobre el análisis de prácticas monopólicas relativas y concentraciones. El apartado VI contiene consideraciones finales y el apartado VII concluye con propuestas de reformas a la LFCE.

II. PODER SUSTANCIAL

8. El concepto de poder sustancial puede leerse en la fracción I del artículo 13 de la Ley:

“Artículo 13. Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

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

Este concepto se reitera en artículo 17 de la Ley:

“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”

9. La Ley establece la aplicación del concepto de poder sustancial para delimitar las **prácticas monopólicas relativas**. El artículo 10 de la LFCE señala lo siguiente:

“Artículo 10. Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas...”

Con respecto al precepto citado, se observa a su vez que el artículo 11 precisa:

“Artículo 11. Para que las prácticas a que se refiere el artículo anterior se consideren violatorias de esta Ley, deberá comprobarse:

- I. *Que el presunto responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante; y*
- II. *Que se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate.*

El artículo 12 contiene 4 fracciones que señalan los elementos que deben evaluarse para definir un mercado relevante. El artículo 13 contiene 6 fracciones indicando elementos para determinar cuando un agente tiene poder sustancial.

Cabe aquí anotar que de esas 6 fracciones, la primera, ya citada líneas arriba indica la definición misma de PSM o, en otras palabras, la actualización de dicha fracción sería de hecho el resultado o conclusión del análisis de las condiciones de competencia en un mercado que se instruye en las fracciones 2 a 6 del artículo 13 de la Ley.

10. En cuanto a las **concentraciones**, la Ley también hace una delimitación precisa de la aplicación del concepto de PSM. El artículo 16 de la LFCE ordena:

“Artículo 16. ... La Comisión 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.”

En el artículo 17, fracción I, referido con anterioridad, se plantea como condición suficiente para impugnar una concentración la posibilidad de que el agente resultante de la concentración adquiera PSM.

III. COMPETENCIA EFECTIVA

11. En contraste con la identificación y aplicación de PSM, la LFCE solamente establece en forma genérica la aplicación del concepto de competencia efectiva (CE) y considera que este concepto es análogo al de PSM.²

² En este documento no se discute si las distintas formas en que el concepto se encuentra citado en distintos ordenamientos pudieran significar situaciones diferentes, por ejemplo, “condiciones de competencia efectiva” en distinción de “competencia efectiva”, etc.

Así, en el artículo 7 de la LFCE se establece el vínculo entre el análisis de competencia que realice la CFC y las medidas reguladoras que con base en dicho análisis puede establecer la Secretaría de Economía.

“Artículo 7. Para la imposición, en los términos del artículo 28 constitucional, de precios a los productos y servicios que sean necesarios para la economía nacional o el consumo popular, se estará a lo siguiente:

- I. *Corresponde exclusivamente al Ejecutivo Federal determinar mediante decreto los bienes y servicios que podrán sujetarse a precios, siempre y cuando no haya condiciones de competencia efectiva en el mercado relevante de que se trate. La Comisión [Federal de Competencia] determinará mediante declaratoria si no hay condiciones de competencia efectiva.*
- II. *La Secretaría, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a otras dependencias y previa opinión de la Comisión, fijará los precios que correspondan a los bienes y servicios determinados conforme a la fracción anterior, con base en criterios que eviten la insuficiencia en el abasto.”* (énfasis añadido).

12. Para otros ordenamientos concernientes a actividades reguladas específicas, la Ley establece:

“Artículo 33 bis. Cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deba resolverse sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, la Comisión emitirá de oficio, a solicitud de la autoridad respectiva o a petición de parte afectada la resolución que corresponda. En el caso del artículo 7 de esta Ley, al Comisión sólo podrá emitir resolución a petición del Ejecutivo Federal. En todos los casos, se estará al siguiente procedimiento:

- I. *En caso de solicitud de parte o de la autoridad respectiva, el solicitante deberá presentar la información que permita determinar el mercado relevante y el poder sustancial en términos de los artículos 12 y 13 de esta Ley, así como motivar la necesidad de emitir la resolución. El reglamento de esta Ley establecerá los requisitos para la presentación de las solicitudes.”* (énfasis añadido).

El Reglamento de la Ley, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de octubre de 2007, señala:

“Artículo 55. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 33 bis de la Ley, se estará a lo siguiente: ...

- I. *Las solicitudes...deberán comprender (...)*
- e) *Los elementos que permitan determinar en términos de los artículos 12 y 13 de la Ley el mercado relevante y el poder sustancial de mercado o **las condiciones de competencia...**”* (énfasis añadido).

La LFCE es clara en detallar los elementos que debe cubrir el análisis económico sobre cuestiones de existencia de poder sustancial en el mercado relevante. Por el contrario, la Ley no especifica el concepto de “competencia efectiva”, ni los indicadores que sirven para medirla.³

13. La Ley originalmente no hacía mención del concepto de competencia efectiva. No obstante, la CFC ha expresado en diversos expedientes lo que debe entenderse por “CE”.

Las reformas de 2006 incluyen el concepto de CE, sin embargo, como ha sido mencionado, la forma en que se incluye permite una amplia discrecionalidad en su interpretación.

A continuación se citan algunos párrafos de documentos de la CFC en los que se plantea en qué consiste la CE, previos a las reformas. Posteriormente, se transcribe un párrafo del único documento del que tenemos conocimiento, elaborado después de las reformas.

Antes de las reformas a la LFCE ⁴del 28 de junio de 2006:

- i. “...para fines de la presente resolución, esta Comisión considera que la ausencia de condiciones razonables de competencia es equivalente a una situación en la que prevalezca un agente con poder sustancial en el mercado relevante”.⁵
- ii. “...el procedimiento sobre condiciones de competencia efectiva está dirigido a determinar la viabilidad del proceso de competencia y libre concurrencia a partir de la estructura y el funcionamiento de los mercados.”⁶
- iii. “...Todas estas restricciones [participaciones de mercado de los competidores, su capacidad para fijar precios sin que esto pueda ser contrarrestado, el control al acceso a fuentes de insumos y, en general la existencia de barreras de entrada], o alguna de ellas en particular, corresponden a situaciones estructurales que afectan el funcionamiento eficiente de los mercados y, por tanto, equivalen o corresponden a condiciones no razonables de competencia o a inexistencia de condiciones de competencia efectiva. En cuanto a la capacidad de fijar precios sin que los demás agentes económicos puedan contrarrestar dicha capacidad, debe señalarse que esta situación se da tanto en mercados monopólicos como en los mercados oligopólicos donde existen pocos competidores”.⁷

³ Un análisis sobre diferencias en tales conceptos puede verse en: OECD, *Indicators for the assessment of telecommunications competition*. Working party on telecommunication and information services policies. DSTI/ICCP/TISP(2001)6/FINAL. Enero 17, 2003.

⁴ Diario Oficial de la Federación, 28.06.06.

⁵ Grupo Aeroportuario de la Ciudad de México/Secretaría de Comunicaciones y Transportes.- Exp. AD-45-99. CFC. *Gaceta de Competencia Económica*, Año 3, no. 7, Mayo-Agosto, 2000, p. 326.

⁶ Declaración de inexistencia de condiciones de competencia efectiva en el mercado de la distribución del gas licuado de petróleo.- Exp. DC-02-2001. CFC. *Gaceta de Competencia Económica*, Año 6, no. 16, Mayo-Agosto, 2003, p. 287

⁷ Ibídem, p. 290.

iv. "...En otras palabras y a manera de ejemplo, cabe señalar que la inexistencia de condiciones de competencia en mercados oligopólicos obedece a la propia estructura de los mismos, caracterizada por pocos competidores, por la formación de situaciones que propician conductas interdependientes y por el paralelismo en precios sin que, por tanto, alguno de los participantes pueda o le beneficie contrarrestarlo. Solo en los casos excepcionales de monopolio, la inexistencia de competencia efectiva es correlativa con el poder sustancial del monopolista."⁸

Después de las reformas a la LFCE:

v. "...La ausencia de condiciones de competencia es equivalente a situaciones en las que prevalezca un agente económico con poder sustancial sobre el mercado relevante y/o en las que los precios y cantidades ofertadas [sic] por los participantes en un mercado relevante, con elevados índices de concentración y barreras a la entrada, sean o puedan ser determinados a partir de las decisiones sobre precios y/o cantidades ofertadas [sic] por los demás agentes económicos. De esta forma, el Pleno de la Comisión se ha pronunciado en el sentido de que, para determinar la posible existencia de poder sustancial o la inexistencia de condiciones de competencia en un mercado específico, se deberán considerar los supuestos contemplados en los artículos 12 y 13 de la LFCE, así como 9º, 10, 11 y 12 del RLFCE."⁹

IV. COMPETENCIA EFECTIVA Y PODER SUSTANCIAL CONJUNTO

14. La CFC plantea situaciones de mercado en que no hay condiciones de competencia efectiva, equiparándolas a situaciones en las cuales se puede manifestar la presencia de un grupo de agentes económicos que en conjunto tienen poder sustancial. Este concepto es esgrimido por algunas autoridades de competencia con la intención de imponer medidas o sanciones que eviten el abuso de dicho poder conjunto. A continuación se señalan algunos aspectos que conviene tener presente en la analogía que ha expuesto la CFC sobre ambos términos: PSM y CE.

- i. El concepto de PSM es más estrecho que el de CE, según lo expone la CFC. Por lo tanto el análisis de cada uno debe tener una metodología propia. Sin embargo la LFCE no contiene ninguna especificación para casos de CE distintos a los equiparables a PSM.
- ii. La analogía que más claramente se puede establecer entre ambos términos es cuando se determina que no hay condiciones de CE si existe un agente económico con PSM.

⁸ Ibídem, p. 293.

⁹ Dictamen Preliminar sobre la posible inexistencia de condiciones de competencia efectiva en los mercados relevantes de venta de gas licuado de petróleo a permisionarios de distribución, venta de gas licuado de petróleo a usuarios finales, servicios de transporte de gas licuado de petróleo mediante autotanques, semirremolques, buque-tanques y ductos. Exp. DC-01-2007, 13.08.07, p. 9. Consultado en la página electrónica de la CFC www.cfc.gob.mx

Se apunta que en dicho Dictamen Preliminar se vierten argumentos basados en el Reglamento de la Ley prevaleciente al 13.08.07; sin embargo, el 12.10.07 dicho Reglamento fue modificado.

- iii. En contraste, aun cuando las acciones de los agentes en mercados oligopólicos pueden generar resultados equivalentes a los que se producirían si hay un sólo agente con PSM, la LFCE no prevé que haya afectaciones al proceso de competencia, en materia de prácticas monopólicas relativas o en materia de concentraciones, por parte de un agente si éste no tiene PSM.
- iv. La CFC expone que un mercado puede no ser eficiente si tiene una estructura oligopólica. **De acuerdo a la argumentación de la CFC un mercado oligopólico puede permitir que un conjunto de competidores tenga poder sustancial de mercado.**

Esta apreciación es contraria a lo establecido por el artículo 13 de la LFCE, que prescribe la evaluación que debe conducirse para determinar “si **un** agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante”, es decir, que la LFCE solamente permite concluir que un agente, y no varios, tiene poder sustancial en el mercado relevante.

- v. En este sentido cabe mencionar que un mercado oligopólico puede ofrecer precios similares a los de un mercado con un amplio número de competidores e incluso hay situaciones en que un mercado con menor número de competidores puede ofrecer precios más bajos que un mercado con más competidores (p.ej. Debido a un mejor aprovechamiento de economías de escala, ya sea por el lado de la oferta o por efectos de red en la demanda). Por lo tanto, es necesario un análisis económico más amplio que permita acreditar la existencia o posible existencia de una práctica monopólica absoluta, tácita o explícita, para determinar si debido a la estructura oligopólica del mercado se están generando o se pueden generar afectaciones al proceso de competencia.
- vi. Adicionalmente, se observa que los argumentos de la CFC no identifican claramente las características que debe tener un mercado eficiente (p.ej. producción a menores costos posibles o precios iguales a costos marginales, etc.)
- vii. Con antelación a las reformas de la LFCE del 28 de junio de 2006, el concepto de CE no estaba contenido en la Ley. Sin embargo, la CFC en atención a disposiciones de otros ordenamientos emitió resoluciones aplicando este concepto sin un sustento normativo adecuado.
- viii. A pesar de que el concepto de CE, fue incluido en las reformas a la LFCE del 28 de junio de 2006, se incorporó de una manera demasiado general permitiendo un amplio margen de discrecionalidad.
- ix. El artículo 2 de la LFCE pudiera ser invocado para complementar el análisis de condiciones de competencia en un mercado, ya que establece la prevención de las “demás restricciones al funcionamiento de los mercados de

bienes y servicios.” Sin embargo estos aspectos tampoco son precisados por la Ley manteniéndose así la discrecionalidad en la evaluación.¹⁰

Conviene anotar, incidentalmente, que cuando la autoridad equipara el concepto de competencia efectiva con el de poder sustancial conjunto, lo hace con un carácter preventivo. Esto es, se señala una situación que tiene cierta probabilidad de ocurrir y por lo tanto se justifica el accionar de la autoridad reguladora para acotar o impedir la supuesta falla de mercado.

En caso de que se observara el ejercicio de poder conjunto en un mercado, la CFC por su parte se vería obligada a sancionar tal conducta como una conducta colusiva tácita o explícita según sea el caso, con base en el artículo 9 de la Ley, que instruye:

“Artículo 9. Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

- I. *Fijar... el precio de venta o compra...*
- II. *Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida...*
- III. *Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado...*
- IV. (...)” (énfasis añadido).

15. Competencia efectiva o términos análogos que conllevan una relación directa de la autoridad de competencia con la autoridad reguladora del mercado específico, se registran en diversos ordenamientos.

Para pronta referencia se citan a continuación, como ejemplos, los artículos 5 y 7 del Reglamento de Gas Licuado de Petróleo (RGLP); el artículo 43 de la Ley de Aviación Civil; el artículo 53-A del Reglamento de Aviación Civil y los artículos 67 y 69 de la Ley de Aeropuertos, (en todos los casos énfasis añadido).

-Artículo 5 del RGLP:

“Corresponde a la Secretaría regular los términos y condiciones a los que deberán sujetarse las actividades de Transporte, Almacenamiento y Distribución. Corresponde a la Comisión [CRE-Comisión Reguladora de Energía] aprobar los términos y condiciones a los que deberán sujetarse las Ventas de Primera Mano, salvo que existan condiciones de competencia efectiva a juicio de la Comisión Federal de Competencia. Asimismo, corresponde a la Comisión aprobar los términos y condiciones a los que deberán sujetarse las actividades de Transporte y Distribución por medio de Ductos. (...)

-Artículo 7 del RGLP

¹⁰ “Artículo 2o. Esta Ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.” (Énfasis añadido)

“Corresponde a la Secretaría, en el ámbito de sus atribuciones, establecer mediante Directiva la regulación de los precios y tarifas aplicables a las actividades de Transporte, Almacenamiento y Distribución, en los mercados relevantes donde la Comisión Federal de Competencia determine la ausencia de condiciones de competencia efectiva.

Corresponde a la Comisión, en el ámbito de sus atribuciones, establecer mediante Directiva la regulación del precio de Gas L.P., objeto de Venta de Primera Mano, así como la regulación de las contraprestaciones por los servicios de Almacenamiento y de Transporte que, en su caso, se requieran para la entrega del Gas L.P., objeto de dicha venta. Corresponde además a la Comisión, establecer mediante Directiva la regulación de las contraprestaciones por los servicios de Transporte por medio de Ductos y de Distribución por medio de Ductos.

Las regulaciones referidas en el párrafo anterior serán aplicables, salvo que existan condiciones de competencia efectiva a juicio de la Comisión Federal de Competencia (...)”

-Artículo 43 de la Ley de Aviación Civil:

“Cuando la Secretaría, por sí o a petición de la parte afectada, considere que no existe competencia efectiva entre los diferentes concesionarios o permisionarios, solicitará la opinión de la Comisión Federal de Competencia para que, en su caso, la Secretaría [SCT-Secretaría de Comunicaciones y Transportes] establezca bases de regulación tarifaria. Dicha regulación se mantendrá sólo mientras subsistan las condiciones que la motivaron.

En la regulación, la Secretaría podrá establecer tarifas específicas para la prestación de los servicios, así como mecanismos de ajuste y períodos de vigencia.

Los concesionarios y permisionarios sujetos a tal regulación podrán solicitar a la Comisión Federal de Competencia que emita opinión sobre la aplicación y subsistencia de tales condiciones.”

-Artículo 53-A del Reglamento de Aviación Civil:

“La Comisión Federal de Competencia, durante el desahogo del procedimiento a que se refiere el artículo 50 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica y cuando considere que la inexistencia de condiciones de competencia efectiva pudiera afectar el interés público, podrá solicitar a la Secretaría [SCT] que, como medida precautoria para proteger el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado aéreo nacional, imponga bases de regulación tarifaria, a los concesionarios que impidan la existencia de dichas condiciones (...)”

-Artículo 67 de la Ley de Aeropuertos:

“ La Secretaría podrá establecer bases de regulación tarifaria y de precios para la prestación de los servicios aeroportuarios, y para los arrendamientos y contraprestaciones relacionadas con los contratos que los concesionarios o permisionarios celebren con los prestadores de servicios complementarios,

cumpliendo con las condiciones razonables de competencia, de acuerdo con la opinión de la Comisión Federal de Competencia.”

-Artículo 68 de la Ley de Aeropuertos:

“Cuando la Secretaría, por sí o a petición de la parte afectada, considere que los servicios complementarios no reflejan condiciones adecuadas de competencia, solicitará la opinión de la Comisión Federal de Competencia para que, en su caso, se establezca regulación tarifaria o de precios.”

De los ordenamientos citados se colige la importancia que reviste tanto para las autoridades reguladoras de mercados como para los entes que pueden ser sujetos a regulación específica, el que disponga de una mayor claridad o precisión en la analogía que la autoridad de competencia establece entre los términos de CE y PSM.¹¹

V. PRÁCTICAS MONOPÓLICAS RELATIVAS Y CONCENTRACIONES

16. Considerar la “falta de competencia efectiva” o términos análogos como una situación donde la estructura de mercado es oligopólica y presenta características tendientes a una actuación interdependiente de los pocos oferentes, de tal forma que el resultado en precio o abasto en el mercado es el mismo que resultaría con la presencia de un oferente con poder sustancial conlleva implicaciones totalmente novedosas en materia de análisis de prácticas relativas y concentraciones.

17. Las prácticas monopólicas relativas, de acuerdo al artículo 10 de la Ley, se configuran a partir de la identificación de que el agente que las comete tiene poder sustancial “individual” en un mercado relevante. Por lo tanto si se desea mantener congruencia en el análisis de las condiciones de competencia de un mercado, también deberá establecerse en la Ley la posibilidad de sancionar los casos en que varios agentes tienen poder sustancial en grupo y como tal ejercen prácticas anticompetitivas.

18. Por otra parte, la impugnación de una concentración se basa fundamentalmente en la conclusión que la concentración puede ocasionar el surgimiento (o consolidar la presencia) de un agente con poder sustancial en el mercado relevante. Es decir, se actualiza la fracción I del artículo 17 de la LFCE.

No obstante, la interpretación de “CE” señalada previamente, permite deducir que una **concentración podría ser impugnada aun y cuando de la misma no surgiera un agente con poder sustancial en el mercado relevante.**

¹¹ Conviene citar el caso de la Ley Federal de Telecomunicaciones, la cual prevé la coordinación de las autoridades con apego a la LFCE:

“**Artículo 63.** La Secretaría estará facultada para establecer al concesionario de redes públicas de telecomunicaciones, que tenga **poder sustancial en el mercado relevante** de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica, obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información.

La regulación tarifaria que se aplique buscará que las tarifas de cada servicio, capacidad o función, incluyendo las de interconexión, permitan recuperar, al menos, el costo incremental promedio de largo plazo.” (énfasis añadido).

La impugnación se derivaría de la aplicación aislada de la fracción III, del artículo 17 de la LFCE:

“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:...”

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.”

La base para impugnar una concentración se derivaría de la posibilidad de que tal operación afectara las condiciones del mercado oligopólico de tal forma que un grupo de pocos agentes económicos pudieran interactuar generando un resultado en precios o abasto, similar al producido por la existencia de un agente con PSM.¹²

VI. CONSIDERACIONES FINALES

19. La CFC ha resuelto que en un mercado no existen condiciones de competencia efectiva si se identifica la presencia de un agente económico con PSM. También considera que no existen condiciones de competencia efectiva, en un mercado con pocos competidores, barreras importantes de entrada y otros factores que pueden conducir a un efecto colusivo en el mercado. Este último escenario, aunque la CFC no lo tipifica así, corresponde a una situación de mercado en que se puede manifestar el poder sustancial de un conjunto de agentes económicos. Se observa, sin embargo, que el concepto de PSM que contiene la LFCE corresponde a un PSM individual, en tanto que el concepto de PSM conjunto está ausente de dicho ordenamiento.

Se sugiere, en consecuencia, que se tipifique y sancione en la LFCE el concepto de “poder sustancial conjunto o dominancia colectiva.”¹³ Para estos efectos, puede considerarse, como punto de partida, el concepto de competencia efectiva que la misma CFC utiliza en el documento DC-01-2007 referido en el inciso v. del apartado III precedente.

20. Equiparar la falta de CE con la presencia de un grupo de agentes económicos que tiene “poder sustancial conjunto” en un mercado no parece tener fundamento en la LFCE. El análisis que instruye el artículo 13 de la Ley para identificar poder sustancial es preciso en referirse a un agente y no varios.¹⁴

¹² Nótese que una práctica monopólica absoluta es sancionable por la LFCE, sin necesidad de demostrar que el conjunto de agentes que se coluden tiene PSM. En todo caso es válido preguntarse si un agente que tiene PSM tiene incentivos para coludirse con competidores, cuando por sí mismo tiene la capacidad de fijar precio o abasto unilateralmente.

¹³ Para un enfoque teórico sobre este concepto, así como su aplicación en la legislación de la Unión Europea, ver Motta, M. *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge University Press. EE.UU., 8va edición, 2007. pp. 250-52, 271-73, 279-86.

¹⁴ Respecto a este punto, es útil citar las declaraciones de la Unión Europea sobre competencia efectiva y poder sustancial conjunto:

“In respect of each of these relevant markets, NRAs will assess whether the competition is effective. A finding that effective competition exists on a relevant market is equivalent to a finding that no operator

21. Complementariamente, sería conveniente que la CFC identificara con mayor precisión que se debe entender por funcionamiento eficiente de un mercado y cuáles son las eficiencias que deben tomarse en cuenta, sobretodo en situaciones de mercados oligopólicos.¹⁵

22. La aplicación de un concepto como CE es de suma importancia ya que la existencia o ausencia de condiciones de CE puede traducirse en la eliminación o imposición de medidas por parte de una autoridad reguladora. Asimismo, el desarrollo y aplicación de dicho concepto tiene implicaciones en el análisis y decisiones de la CFC sobre casos de prácticas monopólicas relativas y concentraciones.

VI. REFORMAS PROPUESTAS AL TEXTO DE LA LFCE

23. Con la finalidad de que el análisis de competencia efectiva incluya la evaluación del concepto de “poder sustancial conjunto” en la LFCE y se establezca una analogía más precisa entre los conceptos CE y PSM, sería necesaria la modificación de los artículos 13, 17 y 33 bis.

A continuación se presentan las modificaciones propuestas:

i. El artículo 13 de la LFCE dice:

“Artículo 13. Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

enjoys a single or joint dominant position on that market. Therefore, for the purposes of applying the new regulatory framework, **effective competition means that there is no undertaking in the relevant market which holds alone or together with other undertakings a single or collective dominant position**. When NRAs conclude that a relevant market is not effectively competitive, they will designate undertakings with SMP on that market, and will either impose appropriate specific obligations, or maintain or amend such obligations where they already exist, in accordance with Article 16(4) of the Framework Directive(...)"

“Under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement, a dominant position can be held by one or more undertakings (“collective dominance”). Article 14(2) of the Framework Directive also provides that **an undertaking may enjoy SMP, that is, it may be in a dominant position, either individually or jointly with others (...)"**

“The expression “one or more undertakings” in Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement implies that **a dominant position may be held by two or more economic entities which are legally and economically independent of each other (...)"**

EFTA Surveillance Authority guidelines of 14 July 2004 on market analysis and the assessment of significant market power under the regulatory framework for electronic communications networks and services referred to in Annex XI of the Agreement on the European Economic Area. *OJ C 101, 27.4.2006.* pp. 1-29.

¹⁵ Ver Shapiro, C. “Theories of Oligopoly Behavior”, en Schmalensee, R. y Willig, R. (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 1. North-Holland. Holanda. 5ta edición, 1998. pp. 329-414.

Posner, R.A. *Antitrust Law*. The University of Chicago Press, EE.UU. 2nda edición, 2001. pp. 49-189.

M.E. Estavillo, “La Eficiencia Económica dentro de las Reformas a la LFCE y sus Implicaciones para el Análisis Económico”, en J. Roldán X. y C. Mena L. (eds.), *Competencia Económica. Estudios de Derecho, Economía y Política*, Editorial Porrúa – Instituto Tecnológico Autónomo de México, México. 2007. pp. 71-90.

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

Se propone que se reforme para que diga:

“Artículo 13. Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial, o un grupo de agentes económicos tiene poder sustancial conjunto en el mercado relevante, deberá considerarse:

- I. *Su participación en dicho mercado y si puede, el agente o el grupo de agentes, según sea el caso, fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder”*

ii. El artículo 17 dice:

“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.”*

Se propone que se reforme para que diga:

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

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.”

iii. El artículo 33 bis dice:

“Artículo 33 bis. Cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deba resolverse sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, la Comisión emitirá de oficio, a solicitud de la autoridad respectiva o a petición de parte afectada la resolución que corresponda. En el caso del artículo 7 de esta Ley, al Comisión sólo podrá emitir resolución a petición del ejecutivo Federal. En todos lo casos, se estará al siguiente procedimiento:

Se propone que diga:

*“Artículo 33 bis. Cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deba resolverse sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial, **individual o conjunto**, en el mercado relevante u otros términos análogos, la Comisión emitirá de oficio, a solicitud de la autoridad respectiva o a petición de parte afectada la resolución que corresponda. En el caso del artículo 7 de esta Ley, al Comisión sólo podrá emitir resolución a petición del ejecutivo Federal. En todos lo casos, se estará al siguiente procedimiento:...*
