

Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.



Competencia Económica

Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la
Cámara Internacional de Comercio, A.C. CAMECIC

Consejo Editorial.

Presidente ICC México.
Ing. Pierre Froidevaux Chavan

Vicepresidentes ICC México.
Lic. Ma. Fernanda Garza de Pérez Priego
Lic. Lorenzo Ysasi Martínez
Lic. Juan Luis Prieto Jaqué

Tesorero ICC México.
Lic. Jorge Fernández García Travesí

Secretaria General ICC México.
Lic. Yesica González Pérez

Directora Pauta.
Lic. Laura Altamirano López

Creación en formato electrónico.
Lic. Gustavo Manzanilla Méndez



Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. - Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional, exclusivo para socios del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de ICC. Su distribución es exclusivamente para socios activos de ICC.

Copyright 2001 Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida o traducida en ninguna forma o por cualquier medio -gráfico, electrónico o mecánico, incluidas las fotocopias, grabaciones en disco o cinta, u otro sistema de reproducción -sin el permiso escrito de ICC.

Título de la publicación: « ICC Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C. »
Editor Responsable. Lic. Rosa Laura Altamirano López
Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor Abril 2003: 04-2003-040217502100-106
Número de Certificado de Licitud de Título: 11518
Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105
Domicilio de la publicación y del distribuidor: Indiana 260 Piso 5
Oficina 508 Colonia Ciudad de los Deportes, C.P. 03810, México D.F.
Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321
5687 2507, 5687 2601. Fax: (52) 5687 2628
web: www.iccmex.org.mx
e-mail: ygonzalez@iccmex.org.mx; laltamirano@iccmex.org.mx

3 Carta del Presidente

4 Oligopolio a la mexicana

Por: Dr. Francisco González de Cossío
Socio González de Cossío Abogados S.C.

44 Límites a la Autonomía Judicial en Materia de Competencia Económica: Comentarios en relación con la interpretación judicial en materia de Responsabilidad Civil

Por: Lic. Luis Omar Guerrero Rodríguez y
Lic. Gabriela Campos de Pablo
Socio y abogada de Barrera, Siqueiros y Torres Landa, S.C.

59 Enseñanzas del caso American Needle v. NFL para la Competencia Económica en México

Por: Lic. Miguel Flores Bernés y
Lic. José Abel Rivera Pedroza
Comisionado y abogado del equipo del Comisionado Miguel Flores Bernés en la Comisión Federal de Competencia

69 Programa de Inmunidad en México

Por: Lic. Carlos Mena Labarthe
Director de Prácticas Monopólicas Absolutas, de la Comisión Federal de Competencia

76 El concepto de Mercado Relacionado en la Ley Federal de Competencia Económica

Por: Lic. Claudia Brambilla, Lic. José Alfredo Chávez,
Lic. Alvaro R. Sánchez
Asociados de Valdez Abascal y Brito Anderson, S.C.

87 Sanciones bajo la Ley Federal de Competencia Económica. Un comentario de análisis económico del derecho

Por: Dr. Francisco González de Cossío
Socio González de Cossío Abogados S.C.

92 Análisis del must carry-must offer a la luz de la Resolución de la Comisión Federal de Competencia

Por: Lic. Juan Antonio Ramírez Márquez

117 Comments on European Commission's review of rules applicable to horizontal cooperation agreements

Prepared by the ICC Commission on Competition

México D.F., Noviembre 2010

Estimados socios y amigos:

La competencia económica es la disciplina más importante para procurar bienestar de la sociedad, en su sentido económico. Desde 1993 México cuenta con una ley sofisticada, la Ley Federal de Competencia Económica. Dicha ley ha sido inspirada en las legislaciones extranjeras más adelantadas, emulando los paradigmas más aceptados, evitando cometer errores de otras jurisdicciones. A partir de entonces, la Comisión Federal de Competencia ha velado por el cumplimiento de dicha legislación. Los antecedentes históricos, económicos y sociológicos de México han hecho que la lucha sea difícil. Después de todo el mercado mexicano dista de ser perfectamente competitivo.

La correcta comprensión y aplicación de la legislación de competencia económica no es fácil. Es por ello que la Comisión de Competencia Económica del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, presidida por el Doctor Francisco González de Cossío e integrada por socios de ICC México expertos en la materia, se ha esmerado por lanzar un número especializado de PAUTA en esta materia.

En estas páginas el lector encontrará artículos serios y prácticos de los abogados mexicanos más prominentes en materia de competencia económica. Ello es de aplaudirse no sólo por sus fuentes, sino por las materias que han escogido, que son tanto arduas como vigentes.

Confiamos en que Pauta 62 y sus artículos sobre Competencia Económica Internacional, sean de su utilidad e interés.

Muchas gracias.



Pierre Froidevaux Chavan
Presidente
ICC México

Oligopolio a la mexicana
Francisco González de Cossío***I. Introducción**

El tema de oligopolio es tan interesante como preocupante. No sólo eso, es vigente.

Es interesante pues constituye una de las áreas de la competencia económica que más diferencias de opinión y aproximación ha originado — tanto del ángulo jurídico como económico. No existe consenso sobre la política correcta para enfrentarlo.

Es preocupante pues, como se verá, propicia una paradoja que puede resultar en sancionar la conducta más competitiva o tolerar la conducta más anticompetitiva. Ante ello, la estrategia para abordarlo ha resultado ser crucial.

Es vigente no solo por que México está plagado de estructuras de mercado oligopólicas y conducta sintomática de colusión, sino porque recientemente se propuso modificar el régimen aplicable para emprender una lucha más efectiva contra el problema. Ante ello, su comprensión es indispensable.

El objeto de este ensayo es hacer un comentario sobre la postura mexicana a la luz del dilema económico y la experiencia extranjera. Para ello, comenzaré con dar un comentario introductorio sobre el trasfondo económico (§II), para luego resumir la diferencia de opinión que sobre ello existe (§III), la postura que en respuesta han adoptado otras jurisdicciones (§IV), la regulación y experiencia mexicana (§V), para luego tocar un tema debatido: su criminalización (§VI), concluyendo con un comentario (§VII).

II. Teoría del oligopolio**A. Orígenes**

Al analizar estructuras de mercado tendemos a ser radicales. Hablamos de mercados ‘competidos’ contrastándolos con los ‘monopolizados’. Sin embargo la realidad tiende a no ser tan maniqueísta. Las estructuras de mercado de competencia perfecta o de monopolio absoluto son rara vez visibles en la realidad. Lo que es más, con la creciente integración de mercados (locales e internacionales), consecuencia tanto de la reducción de costos de transporte y el desarrollo tecnológico como de la (vilipendiada) globalización, cada vez es más difícil encontrar estructuras de mercado auténticamente monopolísticas.¹ En la realidad, es mucho más frecuente encontrar situaciones intermedias, una de las cuales es el oligopolio.²

* González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx) Profesor de Competencia Económica, Universidad Iberoamericana e Instituto Tecnológico Autónomo de México.

¹ El motivo es claro para un economista, pero puede no serlo para el lego. Los mercados son *por definición* mejores entre más grandes sean. En esta materia el adagio ‘entre más grande mejor’ es aplicable. Entre más grandes son los mercados más difícil es acapararlos. Existen otros beneficios de los mercados grandes (vgr. segmentación, especialización, beneficio de economías de escala) que no abordaré.

² México es un ejemplo. Recientemente una comentarista respetada comentarista (Denise Dresser) calificó a México de “Oligopolilandia” (Periódico Reforma, 19 de noviembre de 2007, p. 21). La caracterización no es exagerada. Otro comentarista (Jorge Castañeda) en el Día de Competencia del 29 de octubre de 2007 calificó a México como el “País de los Monopolios”, lo cual ha

Oligopolio significa ‘pocos vendedores’. Qué tantos son ‘pocos’ es una determinación casuista.³ No existe una regla numérica aplicable a todos los casos. Tradicionalmente ‘oligopolio’ se ha definido como una estructura de mercado en la que existen pocos proveedores (por lo menos 2).⁴ Sin embargo, lo que importa no es el número de agentes económicos, sino su efecto. Aunque fuera posible establecer una regla genérica sobre a partir de cuándo se puede hablar de ‘pocos’, se perdería el foco de lo relevante: la interdependencia.

Es por la ‘interdependencia oligopólica’ que la mejor estrategia de cada agente económico depende de las elecciones de sus rivales, quienes no pueden evitar su mutuo reconocimiento.⁵ Cuando surge, la determinación independiente del precio y abasto necesariamente implica que el agente económico tiene que sopesar la estrategia de adversarios para escoger su mejor estrategia. No hacerlo implicará decisiones erróneas, desfazadas de la realidad, probablemente rápidamente superadas por la misma.

Existiendo interdependencia, las decisiones del agente económico se parecen a las de un jugador de ajedrez. La estrategia óptima tiene que tomar en cuenta las piezas del adversario. Aun y cuando las decisiones del agente económico sean egoístas, para ser óptimas tienen que tomar en cuenta las de competidores. De ello dependerá que sean acertadas.

Lo anterior genera un resultado interesante—y es doble. Primero, una comunicación⁶ enorme: los competidores se conocen bien. Segundo, una opción: competir o coludir. La respuesta a ésta opción nos dirá ante qué tipo de oligopolio estamos.

B. Tipos

El que los competidores escojan competir o cooperar determinará el tipo de mercado oligopolista que resultará:⁷ oligopolio cooperativo u oligopolio no-cooperativo.

1. Oligopolio Cooperativo

Un oligopolio cooperativo o colusivo existe cuando agentes económicos cooperan con la finalidad de minimizar la competencia entre ellos. El oligopolio cooperativo puede ser implementado mediante el uso de diversas estrategias o mecanismos que permitan a los agentes económicos lograr los mismos niveles de precio y abasto que serían producidos por un monopolista o un cartel que funcione en forma perfecta.

De ser exitosa la colusión, las ganancias serán enormes. El precio, abasto y las ganancias serán similares a aquellas que resultan de un escenario monopolístico.

repetido en su columna en el periódico Reforma y en su obra con Manuel Rodríguez W. ¿Y México, Por Qué No?, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2009. La percepción ciudadana avala los calificativos.

³ Un oligopolio puede ser tan pequeño como dos agentes económicos y tan grande como 10 a 15. (Samuelson, Paul y William D. Nordhaus, Economics, McGraw-Hill, Inc., Fifteenth Edition, 1995, p. 148).

⁴ Desde que Thomas Moore acuñó el término en su Utopía (1516).

⁵ Lo cual es el punto central de Edward H. Chamberlin (Duopoly: Value Where Sellers Are Few, Quarterly Journal of Economics, vol. 43, 1929, pps. 63-100 (incorporado como el Capítulo III en The Theory of Monopolistic Competition, Harvard University Press, Cambridge, 1933), citado por Scherer and Ross p. 205) quien sostenía que es importante que las firmas reconozcan su mutua interdependencia y su interés en precios altos para la generación del precio que maximiza utilidades. Al realizarlo, cuando en presencia de pocos vendedores y productos estandarizados, se pueden lograr precios monopolísticos sin colusión formal.

⁶ La comunicación a la que me refiero es distinta a expresa, verbal o escrita. Aludo a actos que indirectamente transmiten información.

⁷ La distinción puede no ser clara. Las firmas pueden comportarse cooperativamente en un momento dado, y en forma no-cooperativa en otro.

2. Oligopolio No-Cooperativo

No toda colusión requiere acuerdo expreso. Puede ser tácito. Ello se conoce como ‘colusión tácita’, oligopolio ‘no-cooperativo’ o ‘paralelismo consciente’. Para entenderlo es necesario comprender el hábitat en el que puede presentarse. A continuación lo explico, junto con algunos modelos que lo describen, y doy un ejemplo.

a) Habitat

Para que la posibilidad de coludirse tácitamente sea una opción, es necesario que el mercado, del lado del oferente, sea pequeño. Tanto, que se propicie ‘interdependencia’.

Un mercado se caracterizará por ser un oligopolio no-cooperativo cuando un número pequeño de agentes económicos actúen interdependientemente pero con conciencia de la existencia los unos de los otros.

Dicho escenario puede entenderse si uno considera un horizonte en el cual, en un extremo, encontramos un monopolio y, en el otro, un mercado competitivo. El monopolista no tiene porqué preocuparse de la conducta de otros competidores dado que no existen. A su vez, a las firmas competitivas no les interesa la conducta de otros competidores dado que son demasiado pequeños como para afectar el precio de la industria. Sin embargo, en un escenario oligopolista, dado que sólo un puñado de firmas existe, un competidor cuidadoso tomará en cuenta la conducta de sus rivales para escoger su mejor estrategia. No realizarlo podría tener resultados desastrosos. Lo anterior en la medida en que cada firma puede afectar el precio de mercado y por ende las ganancias de su rival. Es esta interrelación la que constituye la esencia de la conducta oligopolística.

b) Modelos

Existen muchos modelos que han explicado la colusión tácita. Sin embargo, siguen teniendo más valor explicativo que predictivo. El motivo: los equilibrios que pueden generarse son diversos.⁸ Ante múltiples soluciones, dista de ser claro cuál será el equilibrio (el resultado Nash⁹) que prevalecerá.¹⁰

El modelo más importante¹¹ para explicar el oligopolio no-cooperativo fue creado por Augustin Cournot¹² quien postulaba que las firmas escogen su abasto suponiendo que las cantidades ofrecidas por sus rivales son fijas.¹³

⁸ La aseveración es cierta no sólo en escenarios de múltiples transacciones, sino también de una transacción única. Sin embargo, las posibilidades incrementan en el escenarios de cooperación repetida.

⁹ Un ‘equilibrio Nash’ describe la situación en la que los involucrados siguen cierta estrategia al no tener nada que ganar de cambiarla. Siguen lo que consideran que es su mejor estrategia, tomando en cuenta de la estrategia de su contrario. (Los modelos sobre colusión con frecuencia utilizan teoría de los juegos.)

¹⁰ Ello es fuente de escepticismo. Y si lo que se busca es cimentar consecuencias jurídicas (y de las más serías: recuérdese que esta práctica sería una práctica monopólica absoluta en México (se sancionaría bajo el artículo 9 de la LFCE)), basarse en ella genera preocupaciones serias. Sin embargo, de la misma manera en que existen escépticos, existen defensores sólidos de su utilidad práctica. No sólo eso, la observación casual de industrias diversas arroja síntomas de colusión.

¹¹ Mas no carente de detractores, por ejemplo, Bertrand, Edgeworth y Marshall. Éstos contradicen (¿matizan?) la teoría de Cournot en casos en que no existe costo de producción (Bertrand), o cuando el costo de producción muestra la ley de rendimientos decrecientes (Marshall), o cuando el costo sigue la ley de retornos decrecientes (Edgeworth). Para abundar, ver Xavier Vives, *Oligopoly Pricing, Old Ideas and New Tools*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1999, p. 2.

¹² Augustin Cournot, *Studies in Mathematical Principles of the Theory of Wealth*, 1838 (traducción al inglés por Nathaniel T. Bacon, 1897, New York, Augustus M. Kelley 1838, 1971). No obstante que dicha teoría fue elaborada en 1838, no fue descubierta por las corrientes económicas principales sino hasta 45 años después. En 1883 Bertrand analizó el modelo de Cournot como parte de su aseveración que la estrategia evidente de oligopolistas es coludirse, máxime cuando se trata de productos homogéneos.

¹³ No obstante los detractores, ésta forma de entender la colusión tácita ha sido aceptada por muchos economistas influyentes como Fellner (1949), Samuelson (1967) y Stigler (1964); y ha sido popularizada en textos de organización industrial como el de Scherer y Ross (1990).

Cournot sostenía que para cualquier número de firmas, existe un equilibrio precio/cantidad determinado (v.gr., un resultado en que ninguna firma tiene incentivo para cambiar su nivel de abasto dado el abasto de sus rivales).¹⁴ En resumidas cuentas, el proceso mediante el cual el equilibrio Cournot es establecido es el siguiente. Pido al lector que considere la existencia de un escenario duopólico en donde la Firma A fija su abasto como si fuera un monopolio, igualando su costo marginal a su ingreso marginal, dado por hecho que la otra firma producirá cero. La Firma B, utilizando la demanda residual de la Firma A, hace su propio ejercicio de igualar su costo marginal a su ingreso marginal, para atacar el número de consumidores que quedarán insatisfechos por A. Atacará dicho 'nicho de mercado' como si fuera fijo, necesariamente estableciendo un precio inferior al que fijó A.¹⁵ A perderá ventas. Al percatarse de ello, A tendrá que reducir su precio o perder más ventas para con B. Por ello, igualará el costo marginal al ingreso marginal una vez más, pero basándose en la curva de demanda residual de B. Con posterioridad a ello, B llevará acabo el mismo ejercicio con la curva de demanda residual de A en la siguiente ronda hasta que se llegue a un equilibrio en donde ambas firmas igualan su respectivo costo marginal a su respectivo ingreso marginal.¹⁶ En caso de que el número de firmas incremente, el abasto total del mercado se incrementará y el precio será inferior.¹⁷

No obstante que la teoría de Cournot proporciona una herramienta útil para el entendimiento de dicho fenómeno, no escapa la crítica.¹⁸

El punto subyacente del análisis Cournot es que existe una tendencia a que el precio baje a costo marginal en la medida en que el número de vendedores incremente. Por ello, entre menos concentrada sea una industria, más probable será que tenga precios cerca del nivel competitivo.¹⁹ Y viceversa.

c) Ejemplo

Después de leer el teorema de Cournot el lector podría sentir que se le habló en sánscrito, no asimilando las lecciones que el mismo arroja. Ante ello, pondré un ejemplo más terrenal.

Piénsese en un pueblo pequeño (inferior a 500,000 habitantes) donde existe sólo un dentista. Siendo el único, la curva de demanda que enfrentará será inclinada. Es un 'establecedor de precios' (no un 'tomador de precios'). El precio que fije será el precio de mercado, y al fijarlo tomará en cuenta sus necesidades. El factor competencia no entra dentro de su ecuación. Como resultado, el dentista establecerá sus precios y abasto a un nivel supra-competitivo, percibiendo rentas supra-competitivas. Por simplicidad, pensemos que sus servicios consisten en extraer muelas, y que el precio que ha fijado es \$1,000, siendo costo \$50.²⁰ Dicho paraíso²¹ dura hasta que un día llega a

¹⁴ Scherer, F.M. y David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Company, Boston, Third Edition, 1990, p. 200.

¹⁵ De lo contrario nadie le compraría (como sucedió con A).

¹⁶ Si dos firmas tienen el mismo tamaño y cuentan con curvas de costo marginal idénticas, acabarán con el mismo abasto, cada una produciendo dos terceras partes del abasto monopolístico, y el abasto total terminará siendo 1.333 veces el abasto monopolístico.

¹⁷ Hovenkamp, Herbert, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1994, p. 152.

¹⁸ Por ejemplo, algunos dicen que las premisas de Cournot no eran realistas ya que la presunción de que el abasto es la decisión clave de la firma es contraria a la evidencia empírica que sugiere que el precio es la variable que más interesa a las firmas (Scherer and Ross, pg. 201).

¹⁹ Scherer y Ross, p. 208.

²⁰ He escogido al notario pues se presta para un escenario monopolístico. De escoger, por ejemplo, a un abogado que presta servicios de redacción de contratos, el mercado iría asimilando y replicando sus contratos. Como resultado, mi ejemplo no transmitiría lo que deseo.

²¹ Para el dentista, pues para sus pacientes será un infierno.

vivir al pueblo un nuevo dentista²² quien, al observar el mercado, y suponiendo que sus costos son los mismos, con la finalidad de adentrarse como un nuevo proveedor y atraer clientela, deseará ofrecer algo más que su (único) competidor. Fijará su precio en \$900. Como resultado, empezará a quitarle clientela al primer dentista.²³ Éste, al resentir una pérdida de ventas, contestará reduciendo su precio a \$800. El segundo dentista perderá ventas, por lo que contestará ofreciendo un nuevo precio: \$700. El primer dentista, al enterarse, replicará ofertando \$600. El segundo dentista contestará con \$500. Luego el primer dentista a \$400. El segundo contesta con \$300.

La reducción podría continuar hasta llegar a \$50. Y es razonable suponer que así será. Después de todo, la distancia entre precio y costo es enorme, por lo que hay mucho margen de maniobra. Pero esto que el lector percibe, también lo perciben los dentistas. Ante ello, la opción se torna en palpable: ¿por qué no coludir en vez de competir? ¿Porqué no hacer del enemigo un amigo? Después de todo, los incentivos están alineados. Y si la guerra de precios descrita continúa, tarde o temprano uno tendría que salir del mercado. Y durante toda la guerra, la pérdida de ganancias sería significativa. Es en dicha coyuntura que ocurre una oferta. Uno invitará al otro a que establezcan un precio fijo (o 'mínimo'), debajo del cual, no se prestarán los servicios.

Pero existe un problema: ello está prohibido. Dicho pacto se llama 'cartel', y su realización genera las multas económicas más importantes.²⁴ Ante ello, una opción se hace palpable: dada la interdependencia, utilizar el mercado mismo como medio de comunicación.

Retomemos el ejemplo donde lo dejamos. Habiendo el segundo dentista bajado su precio a \$300, el primer dentista contesta subiendo su precio a \$1,000—el punto de partida de toda la guerra de precios.²⁵

Pido al lector que se detenga un momento. Que no continúe leyendo y medite sobre esto. ¿Qué pensarías tu, lector, si esto te pasara a ti? Si, después de la (intensa) guerra de precios descrita, tu rival subiera el precio al punto de partida.

He hecho este ejercicio durante muchos años en mi cátedra de competencia económica, y casi invariablemente un segmento importante de los alumnos—y siempre los atentos—han contestado que el primer dentista le está mandando un mensaje al segundo.²⁶

Y el mensaje es claro: dejemos de perder ingresos. Regresemos al precio supracompetitivo, que nos conviene a ambos.

Bienvenido a la colusión tácita.

3. Joint ventures

Existen tres modos de cooperación formal: el cartel, la concentración y el joint venture.²⁷ Éste último merece un comentario adicional.

²² Y tengan por certeza que llegará. La existencia de rentas hará las veces de un imán.

²³ Después de todo, los productos son idénticos. ¿Porqué pagar más por lo mismo?

²⁴ Y tal parece que pronto generará prisión —¡y hasta 10 años!

²⁵ El lector no debe estar sorprendido por el ejemplo. La conducta desequilibrante, incluyendo guerras de precios, es endémica a muchos mercados.

²⁶ La relevancia de esclarecer que se trata de un experimento empírico deriva de que el debate que será explicado más adelante versa sobre este punto. El punto de división de opinión versa sobre la posibilidad de que dicha conducta sea un medio de comunicación o no. Que refleje la intención de llegar a un acuerdo. Ante ello, el experimento cobra utilidad.

El joint venture es una forma de organización híbrida entre outsourcing (procurar necesidades del mercado) y concentración. El relación con nuestro tema, ésta figura exige encontrar un punto medio adecuado en la siguiente tensión: eficiencia-colusión.

Por un lado, genera las preocupaciones de un cartel. Al participar en el joint venture, se amalgaman los intereses de ambas partes. Y dicha opción puede ser seguida para evitar competencia. Es decir, pueden ser vehículos de coordinación. Mediante ellos pueden canalizarse discusiones sobre políticas de precios, niveles de abasto, estrategias y demás cuestiones relacionadas con los asociados—no sólo el joint venture. Dicho intercambio de información puede facilitar tanto acuerdos como fungir como el mecanismo de detección y sanción. También puede ser el mecanismo para distribuir las rentas de la colusión. O para excluir a rivales del mercado estableciendo ventajas que no sean emulables por competidores (particularmente en casos de activos escasos o esenciales).

Pero los joint ventures no pueden siempre descartarse como únicamente anticompetitivos. En muchos casos arrojan beneficios diversos. Por ejemplo, pueden permitir economías de escala, pueden ser el medio para realizar proyectos conjuntos que de otra manera no serían obtenibles, pueden servir para entrar a mercados de difícil acceso, la producción e intercambio de información, lo cual es reputado como el beneficio más importante. Esto último explica que algunos economistas hayan abogado a favor de un tratamiento especial para los joint ventures que impliquen investigación y desarrollo.²⁸

Actualmente la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos está poniendo la lupa sobre el tema. En *American Needle Inc. v. National Football League, et al.*, se solicitó certiorari para modificar la sentencia de la Corte de Apelación del Séptimo Circuito²⁹ sobre el pacto entre 32 equipos de football de canalizar el licenciamiento de su propiedad industrial a través de una entidad exclusiva. Y el centro de discusión es justamente la tensión descrita.

La decisión será importante pues echará luz sobre los paradigmas más aceptados sobre esta materia.

En la recta final de elaboración de este estudio fue publicada la sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos.³⁰ Sostuvo que el que los participantes hayan formado una entidad (el NFLP) para cursar su actividad económica³¹ no es dispositivo para liberarlos de responsabilidad bajo la legislación de competencia. Tiene que hacerse un análisis de fondo, no de forma.

Su razonamiento enfatizó que, aunque quienes necesitan cooperar no están ‘atrapados’ por la competencia económica,³² la cooperación constituye concertación para efectos de competencia económica.³³ El motivo: los

²⁷ Utilizo el término en inglés puesto que, si bien en nuestro derecho dicho esquema es tradicionalmente conocido como el Contrato de Asociación en Participación, regulado por los artículos 252 a 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la realidad es que no son perfectamente equiparables. Tienen diferencias, mismas que no abordaré. Lo que es relevante mencionar es que su trato en este ensayo como *joint venture* es apropiado pues el *joint venture* abarca más modalidades que el Contrato de Asociación en Participación, mismas que hay que tomar en cuenta desde la óptica de competencia económica.

²⁸ En esencia, brindan tres beneficios. Primero, el conocimiento que resulta de la investigación y desarrollo es un bien público. Segundo, en industrias de tecnología, las rentas (aún monopólicas) son rápidamente disipadas en la medida que avanza la tecnología. Tercero, cuando existe demasiada competencia en un mercado, las innovaciones pueden generarse ‘demasiado’ rápido: no permiten amortizar la inversión (o desperdician rentas que se hubieran generado). En esencia, todo lo anterior implica que los esfuerzos cooperativos pueden eliminar desperdicio, sea por duplicidad o precocidad.

²⁹ 538 F.3d 736.

³⁰ *American Needle Inc. v. National Football League et al.*, 560 U.S. ____ (2010).

³¹ Canalizar y licenciar sus marcas a través de una sólo entidad.

³² En sus palabras “football teams that need to cooperate are not trapped by antitrust law” (Id., p. 18.)

³³ El que dicha concertación sea ilícita es una cuestión que debe analizarse bajo la regla de razón.

competidores no pueden 'darle la vuelta' a la legislación de competencia mediante la creación de un intermediario o joint venture.³⁴ Un párrafo encapsula la regla y la excepción:³⁵

Por lo general tratamos a los acuerdos dentro de un agente económico bajo la presunción que los componentes de la firma actuarán para maximizar las ganancias de la firma. Pero en casos raros, dicha presunción no se sostiene. Los acuerdos hechos dentro de una firma pueden constituir acción concertada del género amparado por la sección 1 [de la Ley Sherman] cuando las partes del acuerdo actúan conforme a intereses separados de los de la firma y los acuerdos intra-firma pueden ser simplemente un caparazón formalista para acción concertada.

[We generally treat agreements within a single firm as independent action on the presumption that the components of the firm will act to maximize the firm's profits. But in rare cases, that presumption does not hold. Agreements made within a firm can constitute concerted action covered by §1 when the parties to the agreement act on interests separate from those of the firm itself and the intrafirm agreements may simple be a formalistic shell for ongoing concerted action.]

Moraleja: la colusión no podrá ser cobijada como cooperación. Las autoridades de competencia realizarán un análisis de fondo, más que de forma, para aquilatar su licitud competitiva.

C. Hábitat de un Cartel

No todas las situaciones son aptas para establecer un cartel. Existen requisitos y escenarios que los facilitan u obstaculizan, mismos que a continuación se resumirán.

1. Requisitos

Establecer y mantener un cartel es difícil. Las siguientes condiciones son necesarias para que exista y tenga éxito:

- a) El producto cartelizado debe definir un mercado relevante con barreras suficientes de entrada para que posibles nuevos competidores no puedan restar los efectos de las decisiones sobre precio del cartel;
- b) Los miembros del cartel deben producir una porción lo suficientemente grande del producto de tal forma que las decisiones sobre precios no sean menoscabadas por productores no miembros del cartel. Además, estos terceros, que no son miembros del cartel, deben estar impedidos o indispuestos para incrementar su abasto en forma rápida;
- c) Los miembros del cartel deben poder llegar a un acuerdo sobre el abasto que cada miembro contribuirá. En la mayoría de los casos la decisión más importante es sobre la variable abasto, no precio;
- d) El cartel debe poder detectar la existencia de incumplimientos (trampas) al cartel por parte de sus miembros;
- e) El cartel debe tener la posibilidad de castigar a los miembros en caso que detecte la existencia del incumplimiento a los compromisos que involucran al cartel; y
- f) El cartel debe poder hacer todo lo anterior sin ser detectado.

³⁴ "competitors 'cannot simply get around' antitrust liability by acting "through a third-party intermediary or 'joint venture'". (Id., p. 17.)

³⁵ Id. p. 16.

2. Situaciones que facilitan un cartel

Además de las dificultades apuntadas, no todas las circunstancias se prestan para crear un cartel. Las siguientes situaciones deben ser valoradas para determinar si las condiciones para establecer un cartel están presentes:

a) Número de firmas

Como se mencionó, oligopolio significa 'pocos'. Entre más competidores existan en un mercado, más difícil será mantener los precios arriba del nivel competitivo. Ello por tres razones:

1. En la medida en que crece el número de firmas, la participación de cada firma en el abasto total de la industria se diluye y los productores individuales están cada vez en mejores posibilidades para ignorar el efecto que sus decisiones sobre precio y abasto tienen en el nivel general de precios, así como las reacciones de sus rivales al respecto.
2. En la medida en que crece el número de firmas, también lo hace la probabilidad de que una se escape del rebaño. Aún una sola oveja negra de un tamaño no-sustancial puede dificultar la posibilidad de mantener en cintura a los demás miembros para lograr los niveles de precio y abasto supra-competitivos.
3. Los competidores tendrán diferentes nociones de lo que constituye el 'mejor' precio, especialmente cuando se trate de productos heterogéneos.

La concentración de la industria es generalmente uno de los factores más importantes que afectan la conducta interdependiente.³⁶

b) Número de clientes

Cuando los compradores son muchos, se facilita la colusión. El motivo: carecerán de 'poder monopsónico'. Además, la pluralidad de compradores dificulta su organización, sea tácita o expresa, para presionar el vendedor (en nuestro caso, el cartel) a ofrecer términos competitivos.

c) Concentración

No sólo es útil que exista un número pequeño de firmas para cartelizar un producto, entre más concentrado está el mercado, más fácil será llegar a un acuerdo. Y viceversa.

d) Factibilidad de llegar a un acuerdo

Llegar a un acuerdo implica incrementar el precio por encima del nivel competitivo. ¿Pero cuál? Para que sea exitoso, el precio debe ubicarse dentro de la frontera de posibilidades de ganancia. Cuando las firmas son simétricas, llegar a un acuerdo es fácil. Pero cuando no lo son (el escenario más frecuente), escoger el precio adecuado, el que convenga a todos, es difícil. Y entre más diferencias existan, más difícil será.

Las diferencias pueden versar sobre diferencias en costos o sobre el producto.

Con respecto a costo, cuando los miembros del cartel tienen diferentes curvas de costo marginal, arribar al punto de maximización de ganancias conjuntas es difícil cuando cada firma tiene una capacidad de abasto distinto u obtiene una ganancia diferente—algo frecuente. Podría inclusive significar que algunas tienen que dejar de producir. Una manera de lograr la participación de participantes es dividir el mercado en regiones geográficas o segmentos de

³⁶ Philip Areeda & Louis Kaplow, *Antitrust Analysis, Problems, Text and Cases*, Aspen Law & Business, New York, Fifth edition, 1997, p. 255

consumidor. Pero esto puede no ser suficiente para llegar a una frontera de ganancias que maximice la ganancia conjunta. Ello detonará negociaciones internas dentro de los miembros del cartel, cuyo resultado específico, por muchos motivos,³⁷ es difícil de describir a priori. La única generalización que parece posible es que el cartel no será estable.

Con respecto a producto, cuando existen diferencias en el producto, cada agente económico tenderá a cobrar una cantidad distinta, tanto unitaria como a diferentes niveles de abasto. Ello dificulta lograr un precio y nivel de único—el prerequisite indispensable para cartelizar. El resultado tiende a ser que, ante productos disímboles, precios disímboles son acordados, lo cual es bueno y malo (desde el punto de vista del cartel). Es bueno pues resuelve el problema indicado. Es malo pues invita diferencias de opinión—lo cual desestabiliza el cartel.

e) Productos homogéneos

La estandarización de productos facilita la tarea de llegar a un acuerdo sobre precio y abasto. En la medida en que crecen las diferencias entre los productos de diferentes vendedores, también lo hace la probabilidad de no llegar a un acuerdo colusivo. Y la diferenciación es una tendencia natural.

f) Existencia de asociaciones de comercio

Las asociaciones o cámaras de comercio son una variante moderna de las reuniones en las que tenían lugar acuerdos colusivos. En las mismas se llega a entendimientos sobre diversos temas y prácticas mercantiles e intereses gremiales, lo cual es legítimo. Sin embargo, dicho foro ha sido frecuentemente utilizado para cartelizar. No es que las asociaciones sean malas. Al contrario, tienen un motivo (y función) legítimo para existir. Sin embargo, desde el ángulo de competencia, constituyen un foro para negociar, intercambiar información y llegar a acuerdos colusivos.

g) Órdenes infrecuentes

Las reducciones de precio serán una opción viable en órdenes grandes e infrecuentes. Lo anterior puesto que, si ello tuviera lugar mediante órdenes pequeñas pero frecuentes, la posibilidad de ser detectado incrementaría. Por ello, dado que la reducción de precios en órdenes grandes y órdenes pequeñas da el mismo mensaje al cartel (incumplimiento con el mismo) el análisis a favor y en contra de la conducta militará a favor de hacer trampa en las órdenes grandes pero infrecuentes, más no en las pequeñas pero frecuentes.

h) Costos de organización bajos

Como lo dice el Juez Richard Posner, la colusión es racional y una estrategia efectiva de negocios únicamente cuando su retorno exceda su costo. Por ello, en caso de que los mecanismos de implementación y monitoreo de los carteles sean demasiado costosos, lo más probable es que no tendrá lugar o fracasará.³⁸

i) Pequeña expectativa de una gran sanción

Como toda conducta socialmente repudiable, el culpable valorará³⁹ la realización de la misma haciendo un análisis costo-beneficio. Determinará el costo multiplicando la sanción posible por la probabilidad de que sea impuesta. Luego cotejará dicho resultado con los beneficios esperados de llevar a cabo la conducta. En caso de que el resultado sea una paridad baja costo/beneficio, lo más probable es que la conducta tendrá lugar. Y viceversa.

³⁷ Uno de ellos es la fuerza de negociación de cada miembro.

³⁸ Richard A. Posner, *Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach*, 21 *Stan.L.Rev.* 1562 (1969), en Andrew I Gavil, *An Antitrust Anthology*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, Ohio, 1996, p. 76. El texto exacto dice: "...*collusion is a rational and effective business strategy only if its returns exceed its costs...*".

³⁹ Consciente o inconscientemente.

j) Locus frecuente

Como resultado de lo descrito, los carteles han tradicionalmente florecido en mercados de materia prima ('commodities'), industria básica y sectores intermedios. También han surgido en sectores menos tradicionales como servicios y bienes de consumo.

3. Factores que obstaculizan el cartel

a) Su ilegalidad

La ilegalidad de la colusión constituye un obstáculo enorme para implementar un cartel.⁴⁰ Y entre más sería la sanción, más importante será el obstáculo.

Dado los riesgos involucrados en la comunicación directa entre competidores que busquen coludir, las firmas con frecuencia buscan otros métodos de coordinación que eviten sanciones legales. Una alternativa es el liderazgo en precios. Ello describe la práctica de la industria por virtud de la cual el precio es anunciado por una firma reconocida como la líder de la industria, y los demás siguen el mismo. Existen tres tipos de liderazgo de precios:⁴¹

1. **Firma dominante:** una firma domina la industria y establece los precios que servirán a sus intereses y tomarán en cuenta las reacciones predecibles de la demanda de las firmas seguidoras (las 'fringe firms') que la seguirán.⁴²

2. **Colusivo:** El concepto de "liderazgo de precio en lugar de colusión abierta"⁴³ ilustra el liderazgo que tiene por objeto coordinar el precio oligopólico que se presenta cuando las siguientes circunstancias existen: (a) la industria es intensamente oligopólica; (b) los productos de los competidores son sustitutos; (c) las curvas son similares; (d) existen barreras de entrada; y (e) la demanda es inelástica (para que sea fructífero incrementar precios).⁴⁴

3. **Barométrico:** el líder de precio no hace más que actuar como 'barómetro' de las condiciones de mercado precio conveniente. 'Medido' el mercado, los demás siguen.

El efecto del liderazgo colusivo y barométrico es el incremento de precios. Además, reduce fluctuaciones de precio y sirve como método para enviar señales sobre el precio que maximiza utilidades (tanto en tiempos prósperos, como punto de encuentro en tiempos deprimidos).⁴⁵

En México, si bien ilegales y generadores de las sanciones económicas más importantes del sistema jurídico mexicano,⁴⁶ las prácticas monopólicas no están criminalizadas. Tal parece que esto cambiará.⁴⁷ Ello ha atraído la preocupación de diversas personas, lo cual abordo en la sección VI de este ensayo.

⁴⁰ En el caso de México, dicho tipo de acuerdos caen dentro del ámbito del artículo 8 y artículo 9 de la LFCE. Además, si la iniciativa del Ejecutivo (marzo 2010) prospera, ameritarán prisión hasta por 10 años.

⁴¹ No obstante que en la práctica es difícil distinguir las mismas.

⁴² Ver al respecto Varian, Harl R., *Micro-Economía Intermedia*, Antoni Bosch Editor, Barcelona, España, 5ª Edición, 1999, pp. 482 *et seq.*

⁴³ Creado por Jesse Markman, *The Nature and Significance of Price Leadership*, pp. 901-903; Scherer y Ross, p. 249.

⁴⁴ Scherer y Ross, p. 249.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Artículo 35.IV de la LFCE.

b) Trampa

La trampa es el Talón de Aquiles de los carteles. Si cada firma desea maximizar sus utilidades, ¿para qué unirse a un cartel si puede capturar los consumidores perdidos⁴⁸ por los participantes del cartel (cuyo producto naturalmente será más oneroso) Es decir, ¿porqué no simplemente esperar que coludir?⁴⁹

No obstante que los competidores tendrán un incentivo para participar en el cartel, pueden tener un incentivo mayor de no cumplir con el acuerdo del cartel y vender ya sea más que la cuota asignada, o a precios inferiores, y hacerse de las ganancias renunciadas por aquellos que sí cumplen con el acuerdo de cartelización.

Como resultado, los carteles tienen una tendencia a fracasar aún sin intervención gubernamental.

Lo anterior implica que llegar a un acuerdo sobre el precio, con todas las dificultades que se han descrito, es el principio de un proceso difícil. Cuando un acuerdo colusivo es logrado, el simple hecho que el precio esté por encima del nivel que tendrían en ausencia de cooperación, aunado a la diferencia con respecto a costo marginal, generan un (poderoso) incentivo para hacer trampa. Y entre más exitoso sea el cartel en subir el precio, mayor será el incentivo par hacer trampa. Esta trampa puede tener lugar ya sea en ventas furtivas a un precio inferior al pactado, o en incrementar el nivel de abasto por encima del umbral pactado (algo difícil de detectar). Es por ello que muchos economistas aseveran que el cartel tiene las semillas de su propia destrucción.⁵⁰

El incentivo para incrementar abasto o reducir precio no será idéntico para todos los participantes del cartel. Algunas circunstancias que lo agravan son:

- i) Elasticidad: La elasticidad de la curva de la demanda individual del agente económico es un factor importante: entre mayor elasticidad, mayor será la tentación de reducir el precio e incrementar ventas.
- ii) Costos: El incentivo también se verá afectado por costos. Por ejemplo, cuando el costo marginal sube, en vez de bajar, al nivel de abasto escogido como parte del acuerdo colusivo, el tramposo no verá mucho beneficio de vender más o reducir precios. Pero lo inverso es igualmente cierto. Y si el costo fijo abarca una porción importante del costo total, el beneficio para el tramposo de realizar ventas escondidas que incumplen con el pacto colusivo será importante.

⁴⁷ La iniciativa de modificaciones a la LFCE que el Presidente envió al Congreso en marzo de 2010 tipifica como delito a las prácticas monopólicas absolutas. Para ello, se modifica el artículo 253 del Código Penal Federal y se añade un artículo 254 bis.

⁴⁸ Me refiero a aquellos cuyo valor residual es inferior al precio acordado por los cartelistas. Al ser el precio del cartel supra-competitivo, es frecuente que la cantidad de consumidores que no alcancen el mismo sea importante. Dichos consumidores son un mercado cautivo para el cartelista tramposo. Puede buscar (furtivamente) satisfacerlos a precios altos, pero infra-cartelarios. Esto con frecuencia sucede. Pregunto al lector, ¿cuántas veces ha dejado de hacer un viaje local (no internacional) por que los precios de las aerolíneas mexicanas son (impresionantemente) altos? ¿Cuántas veces ha preferido no marcarle a un celular a alguien por su costo? ¿Cuántas veces ha tomado un taxi de la calle (es decir, no organizado) en aeropuertos diversos del país por el (enorme) costo de los taxis 'oficiales'? Invito al lector a que compare cada uno de los ejemplos que pongo con referencias internacionales. Por ejemplo, compárese el costo de un vuelo DF-Chicago con un vuelo DF-Cancún. Compárese el costo de un celular en París o Milán con un celular en México. (Para evitar asombro, adelanto al lector que, conservadoramente, es el 200% más.) La explicación no es una estructura de costos diversa. Es ausencia de condiciones de competencia. La relevancia de esta digresión en nuestro tema es que si un agente económico decidiera no 'seguir el rebaño', encontrarían un mercado impresionantemente grande. Ante ello, la pregunta es obligada: ¿Por qué no sucede? Respuesta: porque iniciaría una guerra de precios. Desestabilizaría el *statu quo*, que le acomoda.

⁴⁹ A esta actitud se le conoce como "*free-riding*" por la literatura económica en inglés. En este estudio, la llamaré el "fenómeno free-riding". Ruego al lector que perdone el anglicismo, pero tiene tal aceptación el término, que considero útil no traducirlo.

⁵⁰ La importancia de la trampa no debe menospreciarse. Stigler considera que es un obstáculo enorme a la estabilidad de los cárteles. Cuando un agente económico observa bajos niveles de ventas no está segura si ello deriva de un shock adverso a la demanda de su producto o si los rivales están haciendo trampa al acuerdo colusión. (vid, Xavier Vives, *Oligopoly Pricing*, ob. cit., p. 6.)

iii) Capacidad ociosa: La capacidad también jugará un papel. Si el nivel de abasto escogido por el cartel resulta en capacidad ociosa para el tramposo putativo, tendrá un incentivo enorme para incumplir.

iv) Tamaño y frecuencia de operaciones: El tamaño de las ventas jugará un papel. En la medida en que se trate de ventas infrecuentes pero grandes, el incentivo para hacer trampa será grande. Ad contrario, si son ventas frecuentes y chicas, el incentivo será menor, no sólo por que el beneficio unitario es menor, sino por que más ventas significa más probabilidad de ser detectado.

v) Quantum y efectividad de sanción: Las sanciones también serán relevantes. Si son serias, aplicadas energicamente, y los tiempos de respuesta no son largos, el fenómeno psicológico del cortoplacismo jugará un papel.

Lo anterior explica que la colusión sea una práctica que tiene lugar desde la época de Babilonia, Grecia y Roma.⁵¹ Para esquivar las prohibiciones legales, se han inventado métodos diversos, algunos burdos;⁵² otros ingeniosos.⁵³

El impacto negativo de hacer trampa se magnifica por el hecho que toma muchas formas y los hombres de negocios se caracterizan por su astucia para desarrollar métodos y esquemas para lograrlo.⁵⁴

c) Competencia internacional

El comercio internacional ha puesto en jaque a las compañías nacionales que ahora tienen dos tipos de competidores: nacionales e internacionales.⁵⁵ Por consiguiente, los oligopolistas prospectivos deben tratar con competidores nacionales e internacionales al momento de analizar o diseñar un cartel. Hacer lo anterior hace que su trabajo sea más duro y las posibilidades de fracaso mayores.

e) La dificultad de ponerse de acuerdo sobre precio

Son dos los problemas que tradicionalmente le restan estabilidad a carteles. En primer lugar, las partes de la conspiración pueden tener ideas divergentes sobre el precio apropiado y las participaciones de mercado, haciendo que sea difícil alcanzar un entendimiento al respecto. En segundo lugar, cuando un grupo se pone de acuerdo para fijar un precio monopólico que deberá ser respetado, existen incentivos serios para que miembros individuales hagan trampa e incumplan con el acuerdo para cartelizar. El incentivo consistirá en la posibilidad de incrementar sus ganancias mediante una (aún pequeña) reducción de precio que le haga ganar más órdenes a un precio que de todos modos excede el costo marginal.

⁵¹ Scherer y Ross, p. 237.

⁵² Por ejemplo, ver aquellos citados en la sección V.B de este ensayo.

⁵³ Por ejemplo, el sistema de las "fases lunares", conforme al cual se distribuían privilegios para presentar posturas reducidas en licitaciones, para lo cual el licitante correspondiente reducía un porcentaje específico del precio en libras. El resultado era un patrón que daba la apariencia de azar en las cotizaciones, así como la impresión de conducta independiente.

⁵⁴ Una anécdota puede ser ilustrativa. En 1985, durante las reuniones entre funcionarios mexicanos y árabes, que incluyeron al embajador de México en Arabia Saudita, se le preguntó—posiblemente en forma no diplomática—al (entonces) Ministro de Energía de Arabia Saudita, Ahmed Zaki Yamani, si era cierto que Arabia Saudita había descatado la cuota de venta de petróleo que le asignó la OPEP al intercambiar cantidades importantes de petróleo crudo por diez aviones jumbo/combo. Si respuesta fue asertiva y carente de matiz o justificación alguna: "sí".

⁵⁵ Samuelson, p. 168.

f) Costos y participación de mercado variantes

Puede existir diferencia de opinión con respecto a precio y abasto del producto. Después de todo, la estructura de costos y capacidad de los miembros del cartel probablemente sea disímbola. Cuando productores tienen diferente costo marginal, sus preferencias sobre precio son distintas.

Cuando los costos y participaciones de mercado varíen de firma en firma dentro de una industria oligopolística, surgen conflictos que interfieren con la maximización de las ganancias monopólicas colectivas.

En términos generales, existen tres casos para firmas con costo marginal distinto:⁵⁶

- i) Costo marginal creciente: cuando los costos marginales incrementan, la firma con la participación de mercado inferior prefiere el precio más alto posible, *cæteris paribus*;
- ii) Costo marginal constante: cuando el costo marginal es constante durante un periodo relevante, las diferencias en participación de mercado no resultan en diferencia de precio, *cæteris paribus*;
- iii) Costo marginal decreciente: cuando el costo marginal decrezca a mayor cantidad, la firma con la participación de mercado más grande prefiere un precio bajo ya que tiene el incentivo de expandirse y aventajarse por completo de los bajos costos asociados con abasto mayor.

El conflicto sobre el precio preferido puede depender de (y agudizarse por) los objetivos que tengan las firmas, que pueden ser a corto o largo plazo.

g) Reducciones pequeñas de precio

El género de trampa tiene una especie digna de comentar por separado: las pequeñas reducidas de precio.⁵⁷

Una vez alcanzada, la colusión genera incentivos para que los vendedores incumplan con el acuerdo sobre precio/abasto mediante la cotización de un precio ligeramente inferior y generar por ello más ventas. Las ganancias a corto-plazo se convierten en un incentivo irresistible para hacer trampa.

Como se mencionó con anterioridad, las trampas son el Talón de Aquiles de los carteles y la razón por la que son inherentemente inestables. Tanto la elusión como corrección de la misma es difícil e involucra un continuo monitoreo. Para evitarlo se han generado mecanismos que buscan: (i) incrementar la certeza y tamaño de la sanción; y (ii) eliminar los efectos a corto plazo de hacer trampa.

h) Productos heterogéneos

Los productos son homogéneos cuando son similares en todos sus aspectos físicos y subjetivos y por ello se considerarán sustitutos perfectos en la mente del consumidor.

Ante productos homogéneos, la rivalidad ocurriría únicamente en un frente: el precio. En la medida en que los productos se dejan de parecer, las dimensiones de desacuerdo crecen y la coordinación en precios se dificulta, reduciendo la probabilidad de cooperación. Las dimensiones relevantes de un producto son calidad, diferencia de espacio, características (diferencias tecnológicas o cambios de moda), y fungibilidad que se produce cuando los

⁵⁶ Scherer y Ross, p. 240.

⁵⁷ Lo que la jerga económica llama '*price chiselling*'.

productos (particularmente los complejos) son manufacturados ex profeso (por ejemplo, edificios). La heterogeneidad más difícil de manejar es la multi-dimensionalidad de las características técnicas de un producto.⁵⁸

Entre más estandarizado sea el producto (ya sea per se o como resultado de la negociación entre competidores), más fácil será ponerse de acuerdo sobre una estructura de precios específica, y que todos puedan fácilmente respetar.

i) Estructura de costos dinámica

Las condiciones del mercado y de la industria afectan la forma y éxito de los precios oligopolísticos. Las fluctuaciones en la demanda y las estructuras de costo probarán el grado de compromiso de los oligopolistas en el respeto a la disciplina de precios acordada, poniendo (en ocasiones enorme) presión para no respetar la misma, particularmente en presencia de gastos fijos importantes.

Entre más altos sean los gastos fijos en relación con los costos totales, más proclive será la industria a rompimientos con la disciplina de precios, especialmente durante recesiones y reducciones cíclicas o temporales de demanda que las obliguen a operar debajo de su capacidad.⁵⁹

Pero el reconocimiento del peligro de incumplimiento en industrias con costos altos debe estimular la cooperación.

j) Detectabilidad, prevención y sanción

Dado los incentivos para hacer trampa, para ser exitoso el cartel debe establecer mecanismos de detección y sanción. De hecho, el éxito de la colusión depende de la habilidad de sancionar creíblemente a cualquier detractor del esquema.

Los mecanismos ideados para ello han sido múltiples. Inclusive, han involucrado al comprador mismo.⁶⁰ Esto explica la existencia de esquemas distintos que son disfrazados de mecanismos de coordinación o que buscan lograr intereses gremiales legítimos. Lo que en verdad puede estar sucediendo es que se estén estableciendo mecanismos de obtención de información para hacer determinaciones correctas de lo que debe ser el precio o nivel de abasto adecuado del producto (algo que varía dadas las mareas del mercado) o implementando un mecanismo para prevenir, detectar o sancionar conducta tramposa de un cartel.

En ausencia de un mecanismo que permita ver el precio público, los agentes económicos pueden tener que basarse en sus propias ventas para efectos de detección. Si el mercado es concentrado del lado del productor, un descuento (violatorio del pacto colusivo) resultará en una sensible reducción de las ventas de rivales.

La prevención es insuficiente para evitar trampas. Es necesario sancionar. Y si la sanción es pública y seria, cuanto mejor. Lo anterior es tan importante que no es exagerado decir que la eficacia de la colusión tácita dependerá no del precio escogido, sino en el número de firmas y velocidad de la sanción.

⁵⁸ Scherer y Ross, p. 282.

⁵⁹ Scherer y Ross, p. 289.

⁶⁰ Por ejemplo, las ofertas de igualar precios (*'meet competition clause'*) son reiteradamente citadas por la literatura económica como métodos para monitorear cumplimiento de pactos cartelarios. Otra es la cláusula de 'cliente más favorecido', que establece que si el vendedor ofrece un descuento a alguien más, debe dárselo al cliente con quien contrató, inclusive retroactivamente. Mediante esta cláusula se ata las manos para evitar reducir precios. Otra es la *'meet-or-release clause'* que establece que si el comprador recibe de alguien un mejor precio, el vendedor contratante le igualará el precio o dará el derecho de extinguir la obligación de compra. Finalmente, las cláusulas de mejor precio (*best price*) que combinan las anteriores.

D. Costo Social

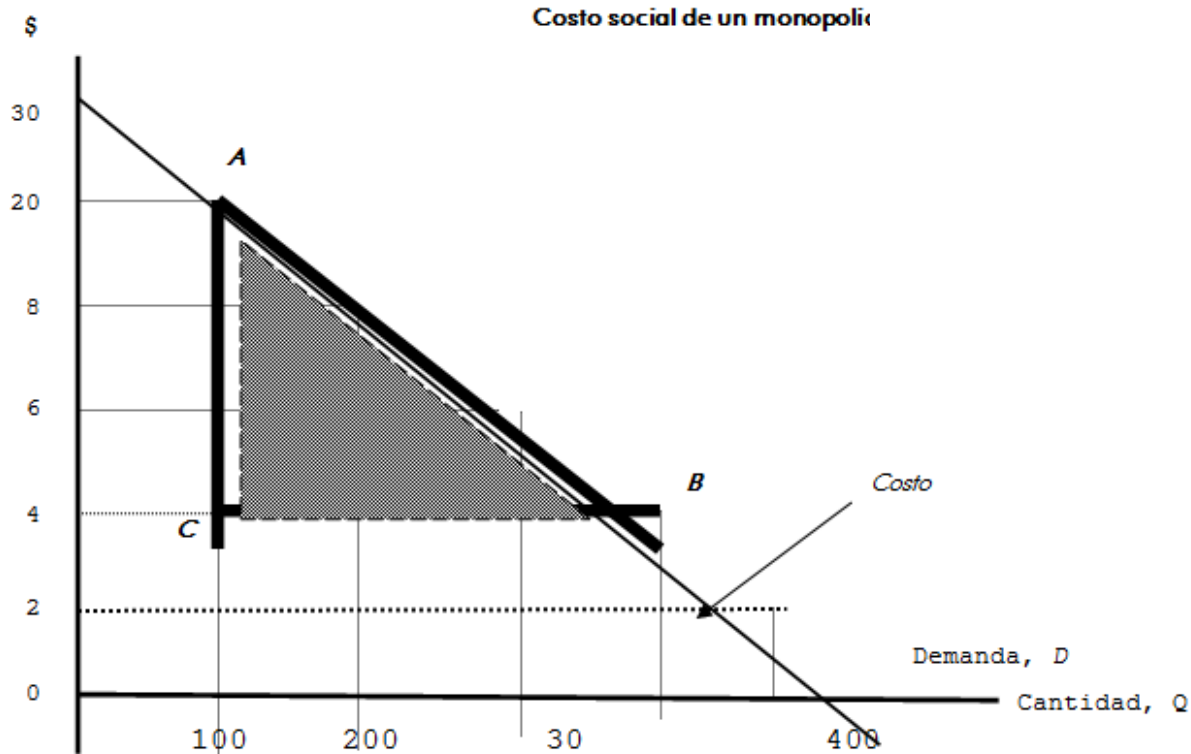
El costo social de la colusión puede entenderse mejor mediante el empleo del mismo análisis que explica las consecuencias del monopolio. El motivo: el cartel emula la situación monopolítica. Sin embargo, no es idéntico. Para explicarlo, a continuación resumiré el costo social de un monopolio, para luego explicar el del cartel y oligopolio no-cooperativo.

1. Costo social del monopolio

La Figura 1 grafica un mercado hipotético resaltando lo que la economía describe como la 'pérdida de bienestar':⁶¹ el triángulo **A-B-C-A**.⁶² Dicha pérdida queda entendida si se contrastan dos escenarios. Si el mercado está competido, el nivel de abasto y precio sería **B**. Pero si el mercado está monopolizado, el nivel precio/abasto será **A**. La diferencia entre ambos genera una cuatro consecuencias, fácilmente perceptibles en la gráfica: (a) abasto inferior, (b) precio superior, (c) los consumidores ubicados entre los puntos **A** y **B** se quedan sin consumir; y (d) el agente económico pierde ventas⁶³ siendo que, en un escenario competitivo, desearía vender, pues el costo es inferior (en la gráfica se ejemplifica en 2).

FIGURA 1

Costo social de un monopolio



⁶¹ Está gráfica está tomada de Nueva Política de Competencia: Alumbramiento, Pubertad y Madurez de una Idea, en Mena Labarthe y Xopa, Competencia Económica, Estudios sobre Derecho, Economía y Política, p. 22. En dicho estudio se comenta con detalle el fenómeno económico, que constituye el paradigma más aceptado sobre este tema.

⁶² Representado en la gráfica por el triángulo sombreado. Ilustra lo que la literatura económica identifica como una pérdida de bienestar (un "welfare loss"). Para entender porqué se genera dicha pérdida deben comprenderse dos nociones: el beneficio del productor y el beneficio del consumidor, lo cual es descrito en el estudio citado en el pie de página anterior.

⁶³ Aquellos ubicadas entre los puntos **A** y **B** de la curva de demanda.

Dicho más formalmente, los costos de un monopolio son: (a) la pérdida de bienestar; (b) búsqueda de rentas; (c) pérdida de inversión de competidores; y (d) pérdida en la innovación.⁶⁴

No obstante que un cartel se comporta como un monopolio, sus consecuencias no son idénticas. A continuación explicaré las mismas bajo los escenarios de cartel y oligopolio no-cooperativo.

2. Costo social del Cartel

Aunque una generalización que puede estar sujeta a matices, el costo social de un cartel puede ser tan grande (¡o mayor!) como el de un monopolio. Analizaré el motivo bajo cada rubro de los costos de un monopolio:

i) **Pérdida de bienestar:** la pérdida de bienestar sufrida por un cartel puede ser menor que la de un monopolio dado que: (a) los carteles tienen problemas serios en lograr un acuerdo sobre precio y cantidad lo cual hace que no logren implementar el nivel de precio y abasto monopolístico; (b) disciplinar a los que hacen trampa implica imponer sanciones. Ello, y la infraestructura y recursos para hacerlo, genera costos; (c) la prevención de los incumplimientos del cartel—aún otra fuente de costos.

Como resultado, vis-à-vis monopolios, son menos exitosos en la identificación del precio que maximiza utilidades y en la restricción del abasto conjunto para mantener los precios a dicho nivel. De nuevo, ello es un costo.

ii) **Búsqueda de rentas:** los recursos ineficientemente gastados por los miembros de un cartel en adquirir y mantener un cartel pueden ser superiores a aquellos involucrados en un escenario monopolístico. Lo anterior en la medida en que los carteles con frecuencia gastan mucho de sus ganancias anticipadas en los esfuerzos para ponerse de acuerdo sobre precio y abasto. A su vez, los miembros gastan recursos considerables para hacer trampa de forma furtiva, por lo que el cartel debe incurrir en gastos importantes para monitorear y eliminar dichos incumplimientos. Ello se incrementa por los costos involucrados en castigar a las firmas que rehúsan formar parte del cartel (las ovejas negras).

En caso de que el castigo tome la forma de reducir el precio al nivel competitivo, el castigo será socialmente benéfico. Sin embargo, en caso de que el castigo sea implementado mediante prácticas exclusionarias que reduzcan la capacidad del mercado, se provocará otro costo social.

iii) **Pérdida de innovación:** cuando los carteles se forman por acuerdos 'desnudos'—es decir, no buscan lograr objetivo alguno distinto al colusivo que pudiera justificarlo por lo que no brinda valor agregado alguno. Al entorpecer innovación, existirá un costo social adicional.

3. Oligopolio no-cooperativo

El costo social de un oligopolio no-cooperativo es probablemente menor que el costo social de un monopolio. Las razones son las siguientes:

i) **Pérdida de bienestar:** la pérdida de bienestar debe ser inferior ya que las restricciones de abasto estilo Cournot tienden a ser inferiores a las que generaría un monopolio.

ii) **Búsqueda de rentas:** los recursos ineficientemente gastados deben ser inferiores ya que, por lo general, las firmas no tienen incentivos para hacer trampa. Sin embargo, en caso de que oligopolistas incurran en

⁶⁴

Para entender porqué, consúltase Nueva Política de Competencia, *ob cit.*, o González de Cossío, Francisco, Competencia Económica: Aspectos Jurídicos y Económicos, Ed. Porrúa, México, D.F., p. 28 *et seq.*

reducciones de precios en forma secreta y discriminada que motive sanciones disciplinarias por otros miembros, los costos pueden ser considerables.

iii) **Pérdida en la innovación:** esta pérdida puede ser inferior a aquella que se presente en un escenario monopolístico en la medida en que le es más difícil a las firmas que no están abiertamente coludidas organizarse estratégicamente para implementar prácticas exclusionarias que al monopolista.

4. Conducta de la Firma Dominante

Hasta ahora el análisis se ha concentrado en la conducta de firmas oligopolistas que pueden ser caracterizadas como iguales. Sin embargo, existen modelos que analizan la conducta desplegada en mercados altamente concentrados donde uno de los competidores es más grande que sus rivales. En dichos escenarios, la conducta de rivales más pequeños se parecerá a aquella de ratones que rodean un elefante.⁶⁵

Existen dos modelos que describen dicha situación de asimetría de rivales: (a) el modelo de von Stackelberg; y (b) el modelo de Forchheimer. En resumidas cuentas, sostienen lo siguiente:⁶⁶

a) El Modelo von Stackelberg: von Stackelberg⁶⁷ sostiene que las firmas seguirán el abasto de una firma dominante.⁶⁸

b) El Modelo Forchheimer: Forchheimer⁶⁹ sostiene que las firmas pequeñas son tomadores de precios puesto que cada una en forma individual es demasiado pequeña en relación con la demanda del mercado como para que sus cambios tengan efecto en el precio y en la demanda del mercado.

5. Cuantificación

La cuantificación del daño generado por carteles ha probado ser difícil. Sin embargo, existe cierto acuerdo conceptual entre expertos.

En 1975 Richard Posner cuantificó que el costo de los carteles en Estados Unidos ascendía a 3.4% del ingreso nacional. En 1978 Cowling y Myeller lo cuantificaron en 13% del ingreso bruto corporativo.⁷⁰ La OECD explica que, aunque su estimación ha probado ser elusiva, el daño derivado de los carteles es significativo, seguramente en los miles de millones cada año.⁷¹ Algunos estudios demuestran que los casos individuales de colusión muestran incrementos en precios entre el 30 y 60%, y en promedio los cárteles cobran un 25% más a lo largo del tiempo.⁷²

⁶⁵ Tomando prestada la metáfora del Profesor Scherer (Scherer and Ross, p. 221).

⁶⁶ Para abundar sobre este tema se sugiere Perloff, Jeffrey M., *Microeconomics*, Addison Wesley, Boston, Second Edition, 2001, pp. 431 *et seq.*

⁶⁷ Heinrich von Stackelberg, *Marktform und Gleichgewicht*, Vienna, Springer, 1934.

⁶⁸ Para abundar, ver Xavier Vives, *Oligopoly Pricing, Old Ideas and New Tools*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1999, p. 7.

⁶⁹ Karl Forchheimer, *Theoretisches zum unvollständigen Monopole*, Schmollers Jahrbuch (1908), pp. 1-12.

⁷⁰ Alexis Jacquemin y Margaret E. Slade, *Cartels, Collusion and Horizontal Merger*, p. 457.

⁷¹ 2003 OECD Report on Hard Core Cartels, p. 9.

⁷² JM Connor, *Price-Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence*, (www.ssrn.com/abstract=787924)

La iniciativa de modificación de la LFCE enviada por el Ejecutivo al Congreso en marzo de 2010 indica que:

De conformidad con diversos análisis académicos basados en la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares, se estima que en México el 30 por ciento del gasto de los hogares se destina a mercados con problemas de competencia y que, en estos mercados, los consumidores gastan alrededor de 40 por ciento más que si hubiera competencia. Esta situación se agrava para el decil de la población más pobre, el cual gasta alrededor del 42 por ciento de su ingreso en mercados altamente concentrados.

Moraleja: los carteles son altamente dañinos. Impactan los bolsillos de todos los consumidores. Merma directa y seriamente el bienestar del consumidor.

E. Peligro: El topsy-turvy del oligopolio

Este tema es uno de los más difíciles de la disciplina de la competencia económica. Lo que es más, también es uno de los más contradictorios, a lo cual un experto denomina el “the topsy-turvy principle” de la colusión tácita.⁷³ El motivo: cualquier condición de mercado que hace que exista competencia intensa, también puede promover colusión.⁷⁴ Avinash Dixit, un conocido experto en teoría de los juegos, ha hecho ver el carácter orweliano del principio topsy-turvy, sugiriendo que “competition is collusion”.

El enfemismo se refiere a que los extremos conducta competitiva y conducta oligopólica anticompetitiva se parecen. Esta ironía se convierte en una paradoja cuando se considera que se trata de dos conductas ubicadas en polos opuestos del espectro de conducta competitiva. Mientras que en la competencia perfecta los precios de competidores se parecerán como resultado de la reducción del beneficio del productor, en la colusión los precios también se parecerán como resultado de la imitación entre los agentes económicos involucrados.

Esto explica que la materia sea controvertida: ante tales semejanzas, diferentes expertos toman posturas—a veces diametralmente—diferentes sobre cómo aproximar el tema.

III. El debate

A. Introducción

Este tema ha generado una cantidad enorme de estudios y teorías. Lo que es más, ha propiciado una marcada diferencia de opinión. Para explicarlo, resumiré un debate emblemático del mismo: el ‘debate Turner-Posner’.

B. Debate Turner-Posner

Dos intelectuales importantes de la competencia económica tienen una marcada diferencia de opinión sobre un aspecto de este tema que tiene ramificaciones importantes: cómo caracterizar escenarios sintomáticos de interdependencia (¿colusión o competencia?), y cuándo existe ‘acuerdo’ entre competidores involucrados en paralelismo consciente.

Mientras que Donald F. Turner considera que el paralelismo consciente es insuficiente para constituir una violación al derecho de competencia, Richard A. Posner disiente. A continuación explicaré porqué.

⁷³ Carl Shapiro, Theories of Oligopoly Behavior, en Handbook of Industrial Organization, vol. 1., Richard Schmalensee y Robert Willig (eds), North-Holland, Elsevier, Oxford, UK, 1989, p. 357 y 365.

⁷⁴ Id., p. 365.

1. Turner

Donald F. Turner argumenta que⁷⁵ el paralelismo consciente, en ausencia de algún elemento probatorio adicional que establezca que la decisión paralela de los (pseudo) conspiradores fue contraria—bajo la hipótesis de decisiones individuales independientes—a su interés individual independiente, no constituye un ‘acuerdo’. El paralelismo consciente no contiene elemento de ‘acuerdo’ cuando lo que está sucediendo es simplemente respuestas independientes de un grupo de competidores a los mismos hechos. Las ‘decisiones independientes’ significan una decisión que hubiera podido ser tomada al margen de lo que los competidores decidan hacer.

El que el ‘acuerdo’ derivado de las decisiones interdependientes deba ser considerado como una conspiración ilícita anticompetitiva puede ser determinado mediante las siguientes preguntas:

- a) ¿Es la conducta simplemente la explotación racional del potencial de ganancias de una posición oligopólica actual? ¿o se trata, por el contrario, de una conducta restrictiva que protege o aumenta el poder de mercado o lo extiende a otros mercados?
- b) ¿Puede efectivamente prohibirse la conducta con buenas posibilidades de incrementar la competencia, sin involucrar a los tribunales en una función regulatoria?

La postura de Turner ha recibido eco por quienes temen que aplicar el derecho de la competencia a la colusión tácita pueda inmiscuir a las cortes en un proceso similar a la regulación de precios.⁷⁶ También ha servido de apoyo a la postura de reestructurar industrias concentradas mediante la desconcentración, por considerar que el fenómeno es un resultado de la estructura de la industria concentrada.⁷⁷

2. Posner

Richard Posner contradice frontalmente la postura de Turner. Considera que tanto la colusión tácita como la expresa pueden ser atacadas bajo el artículo 1 de la Sherman Act.⁷⁸ En su opinión, no existe una diferencia de fondo entre los carteles y colusión tácita.⁷⁹

Posner aborda tres problemas: el problema interpretativo, el probatorio y la solución (el remedy).

Sobre el problema interpretativo, dado que la sección 1 de la Sherman Act sólo aborda conducta concertada, debe resolverse si la colusión tácita implica ‘acuerdo’. Si los precios no competitivos por oligopolistas son prueba suficiente de que se comunicaron y llevaron a cabo pasos para llegar a un acuerdo y hacerlo cumplir. Afirma que sí. Razona que el precepto está orientado al mismo tipo de males que buscaban combatir sus diseñadores. Y la colusión tácita despliega el mismo carácter: se trata de una concertación entre agentes económicos para cobrar precios monopólicos y extraer ganancias monopólicas. Por ende, debe entenderse como aplicable. Actualiza la hipótesis de ‘acuerdo’.

⁷⁵ Donald F. Turner, *The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, 75 *Harvard Law Review*, 665, 1962.

⁷⁶ Michael D. Whinston, *Lectures on Antitrust Economics*, The Cairoli Lectures, Universidad Torcuato Di Tella, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2006, p. 53.

⁷⁷ Dicha aproximación recibió apoyo en el (influyente) Neal Report de 1968.

⁷⁸ La sección 1 de la *Sherman Act* dice en su parte relevante: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce ... is declared to be illegal”. (15 U.S.C. § 1)

⁷⁹ Richard A. Posner, *Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach*, 21 *Stanford Law Review*, 1562, 1969.

En relación con el problema probatorio, admite que es grande: ¿cómo demostrar la existencia de precios no competitivos sin la prueba directa de acuerdos? Propone varias respuestas. Por ejemplo, la existencia de discriminación de precios la existencia de ganancias anormales, liderazgo en precios,⁸⁰ y otras conductas que pueden servir de pruebas.⁸¹

Finalmente, el problema de la solución (el remedy), consiste en que, aún suponiendo que se genere un incentivo fuerte a oligopolistas a que cumplan con la prohibición de colusión, ¿será posible cumplir? ¿O generará dicha regla conducta irracional que no puede (en forma realista) esperarse de un agente económico?⁸²

Su respuesta es afirmativa. Considera que los hombres de negocios saben cuando están actuando no competitivamente. El estado de colusión no es un estado inconsciente.⁸³ Y si el costo de coludirse, dada su sanción, es superior al de hacerlo, no lo harán.

En la segunda edición de su monumental obra, Posner retoma el tema, lo re-estudia cabalmente,⁸⁴ y propone una aproximación económica de dos pasos:⁸⁵

1. Determinar si en los mercados relevantes existen condiciones que sean propicias para el surgimiento de colusión; y
2. Determinar si en verdad existen precios colusivos en dichos mercados.

Expuesto el debate y sus premisas, sondear cómo lo han resuelto distintas jurisdicciones se torna en relevante.

IV. Respuestas de otras jurisdicciones

La aproximación al tema en otras jurisdicciones merece ser comentada. Me centraré en dos: Europa y Estados Unidos.

⁸⁰ El problema con *price leadership* no es que sea difícil establecerlo, sino que su significado es equívoco: pueden surgir simplemente porque una de las firmas tenga buen juicio sobre las condiciones de mercado y los demás defieran a sus decisiones.

⁸¹ Participaciones de mercado fijas, mismos precios en subastas, negativa a descuentos en presencia de mucha capacidad ociosa, anuncios sobre incrementos de precios con mucha anticipación (sin explicación legítima), manifestaciones públicas sobre lo que se considera un precio adecuado para la industria, et cetera.

⁸² Al hacerlo refuta el ejemplo extremo dibujado por Turner: cuando la demanda es decreciente y los precios competitivos generarían pérdidas en la industria. En dicho caso, la colusión expresa sería la única manera en que la industria puede evitar pérdidas en un periodo de demanda en declive.

⁸³ Un párrafo en otra obra es especialmente relevante: "Oligopolistic interdependence is not an unconscious state. If tacit collusion can be detected at all in an industry, and can be proved at trial, there should be no special difficulty in proving that the same practices have continued despite an injunction against them. The defendants can alter their behavior even if the behavior was once in their interest. Sanctions for disobedience change the incentives. The question is: Can tacit collusion be proved in the first place?" (Richard Posner y Frank Easterbrook, *Antitrust*, 2a Ed., 1981, p. 333. Ver también *Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act and Economic Welfare*. A Reply to Professor Markovits (Stanford Law Review, vol. 28, No. 5, mayo 1976, p. 903) donde Posner hace una defensa enérgica a su postura.

⁸⁴ Richard A. Posner, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Chicago and London, Second Edition, 2001, pp. 55 a 100.

⁸⁵ Id, pg. 69.

A. Europa

1. Introducción

El punto de partida textual es el artículo 81 del Tratado de Roma, que dice:

(1) The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
- (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
- (c) share markets or sources of supply;
- (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

En relación con nuestro tema, la Corte Europea de Justicia ha establecido que dicho artículo exige que cada agente económico debe determinar independientemente su política de precios y demás actuar en el mercado. Es decir, el Tratado de Roma establece el requisito de independencia.⁸⁶ Sin embargo, dicho requisito no prohíbe que los agentes económicos se adapten inteligentemente a las condiciones del mercado.

¿Cómo distinguir? O, siguiendo el hilo analítico de este ensayo, ¿cómo diferenciar paralelismo consciente lícito de colusión ilícita – aunque tácita?

Veamos qué han sostenido los casos más importantes.

2. Casos

La Corte Europea ha establecido que ‘concertación’ (dentro del contexto del artículo 81) se define como:⁸⁷

...una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a un acuerdo formal, ha sido concluido, sustituye la cooperación práctica entre ellos a los riesgos de la competencia ...

Por ende la concertación implica una forma de cooperación que: (i) protege a los involucrados de los riesgos de la competencia; y (ii) generalmente se hacen aparentes del comportamiento de los participantes (por ejemplo, conducta paralela con respecto a su política de precios).

[...a form of coordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes practical cooperation between them for the risks of competition. ...

by its very nature, then, a concerted practice does not have all the elements of a contract but may inter alia arise out of coordination which become apparent from the behaviour of the participants.

...

⁸⁶ Joined Cases, 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114/73 *Suiker Unie v. Commission* [1975] sr, 1663, párrafos 173-174.

⁸⁷ Caso ICI Caso 48/69, *Imperial Chemical Industries, Ltd., (ICI) v. Commission* [1972] ECR 619, párrafo 66.

Therefore, concentration implies a form of cooperation that: (i) protects the undertakings concerned from the risks of competition; and (ii) usually becomes apparent from the behavior of the participants (for example, from parallel conduct with regard to their pricing policy).]

Al abordar el problema de la interdependencia y el paralelismo, la Corte Europea ha reconocido que, aunque cada agente económico debe determinar por su cuenta su política comercial en forma independiente, es legítimo que los agentes económicos se adapten en forma inteligente a la conducta existente y anticipada de sus competidores.⁸⁸ Sin embargo, si adaptarse inteligentemente a la conducta existente y anticipada de los competidores es legítima, es previsible que todos los operadores existentes adoptarán conducta similar; es decir, conducta paralela. Dicha conducta puede fácilmente ser percibida como prueba de una ‘coordinación que se hace aparente de la conducta de los participantes’.

La Corte Europea se ha dado cuenta de esto y ha determinado que la conducta paralela per se no está capturada por el Artículo 81 del Tratado de Roma y no crea una presunción de colusión. Sin embargo, casos subsecuentes muestran la existencia de dos excepciones. En el caso ICI la Corte Europea sostuvo que, no obstante que la conducta paralela puede no ser por sí misma equiparada a una práctica concertada, la conducta paralela puede llegar a ser prueba sólida de concertación si conlleva a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado, tomando en cuenta la naturaleza de los productos, el tamaño y número de los agentes económicos y el volumen de dicho mercado.⁸⁹

En Wood Pulp⁹⁰ la Comisión Europea sostuvo que los productores de pulpa de madera (wood pulp) eran culpables de fijar precios en el mercado europeo de 1975 a 1981, puesto que, aunque no existía evidencia explícita de acuerdos para fijar precios, existían dos factores importantes:

1. Intercambios directos e indirectos de información que habían creado una transparencia artificial de información de precios en el producto.
2. El mercado no era proclive a los precios paralelos.

No obstante que varían de caso en caso, éstas excepciones pueden ser mejor entendidas como una sola: la conducta paralela no es prueba de concertación si la conducta de los agentes económicos puede ser explicada por cuestiones de mercado.

En Woodpulp II la Corte Europea sostuvo que la conducta paralela no puede ser considerada prueba de concertación a menos que la concertación constituya la única explicación plausible para dicha conducta.⁹¹

En Suiker Unie⁹² la Corte Europea enfatizó que cada operador debe actuar independientemente. Debe fijar la política en la que actuará en el mercado en forma independiente. Pero el requisito de independencia no priva a los

⁸⁸ Joined cases 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114/73 *Suyker Unie v. Commission* [1975] ECR 1663, párrafo 173/174

⁸⁹ Caso 48/69 *Imperial Chemical Industries, Ltd. ICI v. Commission* [1972] ECR, 629, párrafo 66.

⁹⁰ OJ [1985] L 85/1 [1985] 3 CMLR 474.

⁹¹ Joined Cases C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 and C-125/85 a C-129/85, *A. Ahlstrom Osakeyhtiö e.a. (Woodpulp) II* [1993] ECR-I-1307, párrafo 71.

⁹² *Suiker Unie and Others v Commission* [1975] ECR 1663, Joined Cases 40-48, 50, 54-56, 111 y 113-114/73, paras 173-174. En sus palabras: “Under conditions of oligopoly, the pricing and output actions of one firm have a significant impact upon [those] of its rivals. Firms may after some period of repeated actions become conscious or aware of this fact and without an explicit agreement coordinate their behaviors as if they were engaged in collusive behavior or a cartel to fix prices and restrict output. The fear that departure from such behavior may lead to costly price cutting, lower profits and market share instability may further create incentives for firms to

agentes económicos de su derecho a adaptarse inteligentemente a la conducta existente y anticipada de sus competidores. En sus palabras:

este requisito de independencia no priva a los operadores económicos del derecho de adaptarse inteligentemente a la conducta existente y anticipada de sus competidores

[this requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors]

Comentando este tema, expertos han concluido que la conducta paralela no puede ser considerada como demostrativa de concertación, a menos que la colusión sea la única explicación plausible de dicha conducta. El motivo: el derecho de los agentes económicos de adaptarse inteligentemente a las circunstancias y la conducta (presente y anticipada) de sus competidores.⁹³ Concluyen que la colusión tácita, como tal, no puede ser considerada como un cartel.

3. Explicaciones plausibles

Si bien no existe una lista exhaustiva de explicaciones plausibles, dos circunstancias han sido consideradas como plausibles de conducta paralela: (i) liderazgo de precios y (ii) estructura de mercado.

Como he dicho, es legítimo que los agentes económicos se adapten en forma inteligente a la conducta presente y futura de sus competidores. Por consiguiente, en caso de existir un líder de precios en el mercado, los agentes económicos podrían intentar adaptarse a la política comercial del líder. Dicha conducta de precios paralela no podría en sí considerarse a concertación.

4. Conclusión

La regla que se genera de los casos es la siguiente: la conducta paralela no está prohibida y no crea una presunción iuris tantum de colusión. Sin embargo, la conducta paralela puede ser considerada suficiente prueba de colusión si la concentración es la única explicación plausible.

B. Estados Unidos

1. Regla actual en resumen

Aunque existen algunos precedentes encontrados,⁹⁴ la regla actual en Estados Unidos es que la existencia de conducta paralela, sin más, es lícita. Para que el paralelismo pueda ser considerado colusión tácita, tiene que existir 'algo más'. Un 'plus'. Y ese algo (el 'plus') requerirá un alto nivel probatorio.

maintain such an implicit arrangement amongst themselves. This form of conscious parallel behavior or tacit collusion generally has the same economic effect as a combination, conspiracy or price fixing agreement. However, whether or not conscious parallel behavior constitutes an illegal action which is restrictive of competition is [a]subject of controversy in both competition law and economics. Price uniformity may be a normal outcome of rational economic behavior in markets with few sellers and homogeneous products. Arguments have been advanced that the burden proof must be higher than circumstantial evidence of concerted or parallel behavior and uniform pricing and output policies. In other words, **conscious parallelism in and of itself should not necessarily be construed as evidence of collusion.** The problem arises more from the nature of the market or industry structure in which firms operate than from their respective behavior." (énfasis añadido)

⁹³ François Abrault y Ewoud Sakkers, *Cartels*, en Jonathan Faull y Ali Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, New York, second edition, p. 775.

⁹⁴ Por ejemplo, en *American Tobacco v. United States* (328 U.S. 781 (1946)), que versó sobre anuncios de los incrementos de precio en los que no había un acuerdo expreso sino conducta en concierto, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos pareció considerar que la industria de cigarrillos era culpable de conspirar basado únicamente en su conducta paralela sobre precios.

2. Parteaguas textual

El derecho estadounidense de competencia económica hace una distinción crucial entre la conducta unilateral y la colectiva. Mientras que la colectiva se sanciona bajo la sección 1 de la Sherman Act, la unilateral bajo la sección 2. Por ende, ex hypothesi, la conducta oligopólica podría analizarse bajo la sección 1 de la Sherman Act, que dice:⁹⁵

Todo contrato, combinación sea mediante fideicomiso u otro, o conspiración que restrinja el comercio ... se declara ilegal

[Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy in restraint of trade or commerce ... is declared to be illegal.]

La pregunta que surge es la transversal al tema estudiado: ¿puede la conducta interdependiente actualizar la hipótesis "contract, combination ... or conspiracy, in restraint of trade or commerce..."?

Veamos la respuesta de la judicatura.

3. Jurisprudencia

El origen de las decisiones para definir los elementos de la colusión es *Interstate Circuit v United States*⁹⁶ donde se definió la acción concertada como

... un acuerdo para la imposición de las restricciones a exhibidores no era un requisito para una conspiración ilícita. Es suficiente que, conociendo de la acción concertada estaba contemplada o invitada, los distribuidores han otorgado su adhesión al esquema y participado en el mismo

[...agreement for the imposition of the restrictions upon subsequent-run exhibitors was not a prerequisite to an unlawful conspiracy. It was enough that, knowing that concerted action was contemplated or invited, the distributors gave their adherence to the scheme and participated in it]

Sobre la prueba, en el mismo caso se dijo:

Es poco creíble que los diversos distribuidores habrían, en las circunstancias, unánimemente aceptado e implementado cambios tan importantes en su método de negocios sin un entendimiento que todos participarían, por lo que rechazamos que sean probable que sea resultado de mera casualidad ...

[It taxes credulity to believe that the several distributors would, in the circumstances, have accepted and put into operation with substantial unanimity such far-reaching changes in their Business method without some understanding that all were to join, and we reject as beyond the range of probability that it was the result of mere chance...]

Algunos años después en *American Tobacco Co. v. United States* la Corte dijo:⁹⁷

... la conspiración ilícita no requiere de acuerdo formal por escrito.

⁹⁵ 15 U.S.C. § 1.

⁹⁶ 306 U.S. 208 (1939).

⁹⁷ Aunque el caso versó sobre una violación al artículo 2 de la Sherman Act.

[...no formal agreement is necessary to constitute an unlawful conspiracy.]

En *Brooke Group*⁹⁸ la Suprema Corte de Justicia de EU dijo que la colusión tácita es un proceso que no es en sí ilícito.⁹⁹ La misma Corte concluyó en *Theater Enterprises*¹⁰⁰ que:

La pregunta crucial es si la conducta de los demandados hacia el demandante derivaron de su decisión independiente o de un acuerdo, expreso o tácito. Para ser claros, la conducta de negocios es evidencia circunstancial de la cual puede inferirse la existencia de acuerdo ... Pero esta Corte nunca ha sostenido que la prueba de paralelismo consciente demuestra conclusivamente la existencia de acuerdo o, dicho de otra manera, que dicha conducta en sí constituye una ofensa a la Ley Sherman. La prueba circunstancial de conducta 'paralela consciente' puede haber tenido una influencia importante en la actitud judicial hacia conspiración, pero el 'paralelismo consciente' aún no ha sido totalmente entendido como conspiración para efectos de la Ley Sherman.

[The crucial question is whether respondents' conduct toward petitioner stemmed from independence decision or from an agreement, tacit or express. To be sure, business behavior is admissible circumstantial evidence from which the fact finder may infer agreement... But this court has never held that proof of parallel business behavior conclusively establishes agreement, or, phrased differently, that such behavior itself constitutes a Sherman Act offense. Circumstantial evidence of consciously parallel behavior may have made heavy inroads into the traditional judicial attitude toward conspiracy; but "conscious parallelism" has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely.]

En *Eastern Estate Dealers Association v. United States*¹⁰¹ la Suprema Corte de Justicia razonó que:

Es elemental ... que es poco posible demostrar conspiraciones mediante testimonio directo y pueden ser inferidas de las cosas que en verdad suceden. Cuando, como en este caso, mediante acción concertada se reportaron periódicamente a los demás miembros de las asociaciones los nombres de los mayoristas que realizaran ventas a consumidores, puede claramente inferirse conspiración para lograr aquello que fue la consecuencia natural de dicha acción.

[It is elementary ... that conspiracies are seldom capable of proof by direct testimony and may be inferred from the things actually done, and when in this case by concerted action the names of wholesalers who were reported as having made sales to consumers were periodically reported to the other members of the associations, the conspiracy to accomplish that which was the natural consequence of such action may be readily inferred.]

Tribunales inferiores han seguido el mismo razonamiento echando luz sobre los motivos de la regla. Por ejemplo, en *Bogosian v. Golf Oil Corp*¹⁰² se dijo que:

⁹⁸ *Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp*, 509 U.S. 209.

⁹⁹ "not in itself unlawful" fueron sus palabras

¹⁰⁰ 346 U.S. 537 (1954).

¹⁰¹ 234 U.S. 600 (1914).

¹⁰² 561 F.2D434 (3d Cir 1977).

El Derecho es claro que la prueba de conducta de negocios paralela consciente es prueba circunstancial de la cual puede inferirse acuerdo, tácito o expreso, pero que dicha prueba, sin más, es insuficiente, a menos que las circunstancias bajo las cuales ocurre hagan que la inferencia de opciones racionales independientes sea menos atractiva que acción concertada.

[The law is settled that proof of consciously parallel business behavior is circumstantial evidence from which an agreement, tacit or express, can be inferred but that such evidence, without more, is insufficient unless the circumstances under which it occurred make the inference of rational, independent choice less attractive than that of concerted action.]

En *Levish v. CBS*¹⁰³ se dijo que:

Para generar la inferencia de acuerdos tácitos para boicotear, los hechos o circunstancias deben mostrar que la serie de decisiones unilaterales aparentes fueron en verdad interdependientes ... un demandante debe por lo menos explicar cómo éstas decisiones son interdependientes mediante por lo menos sugerir que existe alguna razón para creer que los demandados estuvieron comprometidos a un fin común.

[that in order to raise an inference of tacit agreement to boycott, facts or circumstances are required to show that a series of apparently unilateral decisions were indeed interdependent... [A] plaintiff must, at a minimum, allege how these decisions are interdependent by at least suggesting that there is some reason to believe that the defendants were committed to a common end.]

Dicha solución se ha conocido como “paralelismo plus”. Una corte lo explica así:

Utilizar la teoría de paralelismo consciente para encontrar conspiración donde por lo menos dos de las siguientes tres circunstancias deben estar presentes: factores “plus” como aquellos enfatizados en los casos de negativas de trato...: el paralelismo tiene una naturaleza mucho más elaborada y compleja; una red de pruebas circunstanciales que apunten convincentemente al acuerdo.

[Utilizing the theory of conscious parallelism to find conspiracy [where] at least two of the following three circumstances are present: “plus” factors such as those emphasized in the simple refusal to deal cases...: parallelism of a much more elaborate and complex nature; a web of circumstantial evidence pointing very convincingly to the ultimate fact of agreement.]

4. Moraleja

Un patrón de paralelismo consciente o interdependencia oligopolística, sin más, no permite la inferencia de conspiración. Se tienen que demostrar factores ‘plus’.

¿Pero qué puede ser considerado como un ‘plus’? En general, cualquier circunstancia que explique colusión. Es decir, que no sea explicable más que ante colusión. Algunas que han sido consideradas como tales son:

a) La ausencia de un motivo racional que explique por qué los agentes económicos se comportan de dicha manera;

¹⁰³

495 F.supp.649 (S.D.N.Y 1980).

- b) Actos contrarios al interés individual de un agente económico, a menos que se sigan como parte de un plan colectivo;
- c) Fenómenos de mercado que no pueden ser explicados racionalmente, más que como resultado de conducta concertada;
- d) Los antecedentes del agente económico en la materia;
- e) Evidencia de juntas entre agentes económicos y demás formas de comunicación directa;
- f) La utilización de prácticas que faciliten la colusión;
- g) La estructura de la industria, particularmente cuando muestra características que complican la competencia o permiten evitarla;
- i) Factores de la industria que sugieren o contradicen la posibilidad de colaboración horizontal.

O, dicho más genéricamente, acción concertada que no pueda ser explicada mediante coincidencia.¹⁰⁴

Durante los años ochenta diversas cortes inferiores abrazaron la postura que las conspiraciones requieren un elemento de consciencia de acoger un esquema. En 1984 la Suprema Corte endosó la postura al decir en *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*:

El estándar correcto es que deben existir pruebas que tiendan a excluir la posibilidad de acción independiente de las [partes]. Es decir, debe existir evidencia directa o circunstancial que razonablemente tienda a demostrar que [las partes] tuvieron un compromiso consciente hacia un esquema diseñado a lograr un objetivo ilegal

[The correct standard is that there must be evidence that tends to exclude the possibility of independence action by the [parties]. That is, there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that [the parties] had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective

5. Comentario final

Como puede observarse, el dilema descrito en este ensayo ha recibido una respuesta rica de la judicatura estadounidense. Como resultado, el paralelismo desnudo no se ha tildado de colusivo. Tiene que existir un 'algo' más para poder concluir que el paralelismo es sintomático de colusión.

V. La solución mexicana

El oligopolio actualiza las hipótesis de las prácticas monopólicas absolutas. Cuál de ellas dependerá del cartel específico. Sin embargo, su estudio conjunto es justificado dado el ángulo de este ensayo. Para ello, comentaré el régimen legal (§a), para luego resumir la experiencia práctica existente (§b), concluyendo con observaciones (§c).

¹⁰⁴

Como lo dijo *Ball v Paramount Pictures* 169 F2d 317 (3d Cir 1948).

A. Legal

La fracción I del artículo 9 de la LFCE

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, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
- II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;
- III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o
- IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

Los actos a que se refiere este artículo no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos que incurran en ellos se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere resultar.

El Artículo 9 del Reglamento de la LFCE establece:

Son indicios de la existencia de una práctica monopólica absoluta, las instrucciones o recomendaciones que emitan las cámaras empresariales o asociaciones a sus agremiados, con el objeto o efecto de realizar las conductas previstas en el artículo 9o. de la Ley.

Son indicios de la realización de las conductas a que se refiere la fracción I del artículo 9o. de la Ley, entre otros, que:

- I. El precio de venta ofrecido en territorio nacional por dos o más competidores de bienes o servicios susceptibles de intercambiarse internacionalmente, sean sensiblemente superiores o inferiores a su precio de referencia internacional, excepto cuando la diferencia se derive de la aplicación de disposiciones fiscales, gastos de transporte o de distribución, y
- II. Dos o más competidores establezcan los mismos precios máximos o mínimos para un bien o servicio, o se adhieran a los precios de venta o compra de un bien o servicio que emita una asociación o cámara empresarial o cualquier competidor.

1. Actualización de hipótesis

Lo amplio de la textura del texto del artículo 9 de la LFCE ha generado dudas sobre qué conductas actualizan su hipótesis. Por ende, un comentario sobre el tipo de situaciones que han actualizado el precepto, tanto en México como en el derecho comparado, es de utilidad.¹⁰⁵

a) Fijación de precios

La tipología de la fracción I del artículo 9 de la LFCE genera muchas dudas. Existen prácticas distintas que podrían o no actualizar su hipótesis. Y la conclusión en ambos sentidos sería justificada. Mencionaré algunos ejemplos:

- i) Precios uniformes;
- ii) Fórmulas de precios uniformes;
- iii) Precios mínimos;
- iv) Precios guía (o 'target');
- v) Precios sugeridos;
- vi) Acuerdo sobre parte del precio o un ingrediente del precio;
- vii) Descuentos máximos;
- viii) Acuerdos sobre otras condiciones de comercio;
- ix) Acuerdo sobre la compra de materias primas;
- x) Campañas de incremento de precio coordinadas;
- xi) Aunque no se establece el precio, sí el momento de su incremento.

Una práctica que ha generado dudas serias es que un competidor persiga a otro, estableciendo un precio ligeramente por debajo del precio del competidor. Dicha práctica ha sido objeto de consultas y debate intenso. Y ha dividido a expertos. Existen quienes la califican de sintomática de colusión. Existen quienes la califican como competencia, ie intensa!¹⁰⁶

b) Reducción de abasto

El precio es una función de abasto y demanda. Por ende, la reducción de abasto es económicamente idéntica que la fijación de precios. Es su espejo económico. Algunas formas en que esto se ha actualizado son:

- i) Cuotas de producción o ventas;
- ii) Otros tipos de limitaciones conjuntas;

¹⁰⁵ La enunciación de ejemplos tiene como fuente las experiencias que en lo personal he conocido, y los casos examinados, nacionales y extranjeros. Sin duda, pueden existir más.

¹⁰⁶ Después de todo, quien incurra en la misma siempre le quitará ventas a quien sigue.

- iii) Control de producción;
- iv) Control o límite de inversión comercial;
- v) Especialización de productos colusiva;
- vi) Asignaciones de abasto;
- vii) Otorgamiento de derechos recíprocos de ventas;
- viii) Acuerdos de ventas conjuntas;
- ix) Fijación de estándares;
- x) Otras prácticas que limitan producción o el desarrollo de la tecnología.

c) División de mercados

La división de mercados es el corolario de fijación de precios o restricciones en abasto. La asignación de un segmento de mercado, o la asignación de un mercado geográfico, de clientes individuales o grupos de clientes. Algunos ejemplos son:

- i) Asignación de porciones de mercados;
- ii) Asignación de territorios o canales de distribución;
- iii) Asignación de clientes;
- iv) Prácticas relacionadas con clientes;
- v) Fijar posturas en licitaciones;
- vi) Compartir fuentes de suministro;

Otras prácticas que despiertan debate pero que podrían entrar bajo este rubro son:

- i) Boicots;
- ii) Prohibiciones de importaciones;
- iii) Negativas de trato concertadas;
- iv) Mantener a competidores fuera del mercado del cartel;
- v) Poner a competidores en desventajas;
- vi) Boicot de compromisos inconvenientes;
- vii) Intercambio de información delicada.

2. Indicios y Carga de la Prueba

Comentado el radio de acción del artículo 9 de la LFCE, vale la pena comentar el artículo 9 del Reglamento.

Dicho precepto tiene un doble efecto jurídico. Primero, establece una serie de indicios de comisión de prácticas monopólicas absolutas. Segundo, actualizándose los indicios, revierte la carga de la prueba al agente económico para demostrar que no existe la práctica.

a) Indicios

Los indicios son que contempla el Reglamento son:

- i) Concertación mediante alguna cámara o asociación a través de precios sugeridos;
- iii) Precios nacionales 'sensiblemente' distintos a los internacionales; y
- ii) Paralelismo.

Dichos indicios no son los únicos que pueden existir. La literatura económica documenta varios más. Sin embargo, son útiles por su efecto orientador al destinatario de la norma.

b) Reversión de la carga de la prueba

Al ser indicios, pueden ser refutados por los agentes económicos investigados. La ley no dice cómo. Existen varias maneras de hacerlo. Por ejemplo:¹⁰⁷

- i) **Estructurales:** que la estructura del mercado es tal que propicia la coincidencia.
- ii) **Individuales:** del lado de la oferta, que existen circunstancias que explican la conducta similar.

El que la carga de la prueba se columpie del lado del agente económico ha dado lugar a cuestionamientos, inclusive de constitucionalidad. Sin embargo, tienen una lógica que se entiende cuando se tiene en cuenta los antecedentes del paralelismo. Ante la posibilidad de ser sintomático tanto de colusión como de competencia, quién mejor que el agente económico para discernir.

3. Sabiduría del régimen

Existe en el foro una preocupación frecuentemente escuchada sobre la sabiduría de condenar per se los acuerdos entre competidores. La crítica tiene como argumento que es posible que los agentes económicos lleguen a acuerdos procompetitivos. Ante ello, la prohibición genérica, sin excepciones y sin análisis económico o competitivo, es miope.

Existen tres motivos detrás de la regla:

- i) **Probabilidad:** aunque posible, el que el pacto entre competidores sea procompetitivo o no tenga por objeto obtener rentas, es altamente improbable.
- ii) **Dificultad de demostración:** la dificultad de demostrar el beneficio competitivo.¹⁰⁸

¹⁰⁷

Estos pueden ser diversos. Por ejemplo, estructura de costo similar, el que (por motivos diversos) son tomadores de precios, el que existe poco valor agregado por encima de un insumo que abarca la mayoría del precio final del producto, etcétera.

iii) **Seriedad:** la gravedad de los pactos entre competidores.

Dichos factores propiciaron la preferencia por una ‘solución profiláctica’: una regla genérica. La ratio: legislar en los extremos podía en este caso probar ser contraproducente. Se trata de una cuestión de técnica legislativa.

B. Práctica

La práctica ya muestra algunos casos. Cuatro son dignos de comentar sea por su importancia o por las lecciones que arrojan.

1. Leche

Como resultado de un incremento uniforme nacional en el precio de la leche en el monto de 50 centavos, la CFC inició una investigación de oficio en contra de productores diversos.¹⁰⁹ Sin excepción, todos los investigados negaron la existencia de acuerdo. Uno de los investigados hizo una propuesta de compromiso a la que se adhirieron todos. El compromiso consistió en que, dentro de los primeros diez días de los siguientes tres años, se informaría a la CFC los precios de la leche, así como fechas y porcentajes de incrementos, comprometiéndose a nunca tener contacto con competidores. La CFC aceptó el compromiso,¹¹⁰ imponiendo dos condiciones adicionales: informar sobre los precios del insumo principal (leche bronca o cruda), y que, en caso de tener conocimiento de cualquier práctica monopólica, sea denunciada a la CFC.

Con la aceptación de dichos compromisos por cada uno de los agentes económicos, la CFC cerró todas las investigaciones.

2. Laboratorios fitosanitarios

Como resultado de una denuncia por una asociación alimenticia importante, en 2003-2004 la CFC investigó y sancionó a tres laboratorios dedicados a hacer un análisis fitosanitario de papas de importación.¹¹¹

El precio por la cuota de análisis incrementó en forma idéntica por los tres laboratorios a partir de una misma fecha.¹¹² Y sus costos eran distintos. Éstos justificaban el incremento en el aumento de requisitos por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, para realizar la actividad.

¹⁰⁸ Este argumento tiene como premisa que en Estados Unidos, lugar donde se adoptó esta regla, quien hace la determinación es un jurado, no un órgano especializado. Fue en dicho contexto que la dificultad probatoria indicada cobró importancia. Después de todo, los jurados en Estados Unidos están compuestos en su mayoría por individuos no necesariamente versados en economía, y manipulables.

¹⁰⁹ Grupo Industrial Lala, expediente I/O 25-2000 Gaceta de Competencia Económica No. 11, Año 4, Septiembre-Diciembre 2001, p. 355; Pasterizadora El Nayar, expediente I/O 25-2000, Gaceta de Competencia Económica No. 11, Año 4, Septiembre-Diciembre 2001, p. 358; Comercializadora Latinlac, expediente I/O 25-2000, Gaceta de Competencia Económica No. 11, Año 4, Septiembre-Diciembre 2001, p. 361; Ganaderos Undios de Aguascalientes-Zacatecas, expediente I/O 25-2000, Gaceta de Competencia Económica No. 11, Año 4, Septiembre-Diciembre 2001, p. 365; Monica's Food, expediente I/O 25-2000, Gaceta de Competencia Económica No. 11, Año 4, Septiembre-Diciembre 2001, p. 367; Leche Queen, expediente I/O 25-2000, Gaceta de Competencia Económica No. 11, Año 4, Septiembre-Diciembre 2001, p. 370; Ganaderos Productores de Leche Pura, expediente I/O 25-2000, Gaceta de Competencia Económica No. 11, Año 4, Septiembre-Diciembre 2001, p. 373; Pasterizadora y Enfriadora Lerdo, expediente I/O 25-2000, Gaceta de Competencia Económica No. 11, Año 4, Septiembre-Diciembre 2001, p. 376.

¹¹⁰ En forma interesante, en la mayoría de los expedientes se incluyó como primer premisa que la situación de competencia era “restaurable” pues la práctica no había tenido efectos. Dado que el incremento precio tuvo cierta vigencia, surge la duda sobre la observación.

¹¹¹ Presuntas prácticas monopólicas en los servicios de análisis para diagnóstico fitosanitario de papa fresca de importación, Expediente IO-09-2003, 19 de agosto de 2004.

¹¹² Para ser exacto, dos de ellos lo implementaron un día después.

De la investigación la CFC concluyó que la coincidencia de precios era inexplicable en ausencia de acuerdo, máxime la diferencia de costos.

3. Gas LP

Como resultado de una denuncia, la CFC investigó y multó a tres distribuidoras de Gas LP que en febrero de 1996 aumentaron su precio por kilogramo de gas LP para uso doméstico en 30%.¹¹³ El incremento fue simultáneo y uniforme.¹¹⁴ Ello independientemente del segmento de mercado: la ubicación geográfica del distribuidor era distinta, y las características socioeconómicas de las regiones eran diversas. El precio fue acreditado mediante los cartelones ubicados inter alia en los camiones de reparto. Y no había control de precios en dicho momento.

En forma importante, una de las premisas jurídicas de la CFC fue que:

La legislación toma en cuenta que los acuerdos de voluntades pueden darse sin necesidad de constar por escrito. Este tipo de acuerdos son característicos de las prácticas monopólicas investigadas.

Al rechazar recurso reconsideración de uno de los sancionados, la CFC explicó que:

La coincidencia en el precio de venta entre las empresas no se puede considerar una casualidad, dados los tiempos, términos y condiciones en que simultáneamente ajustaron su precio. Por tanto los actos realizados demuestran que existía consentimiento entre ellas con el objeto de fijar precios. ... un aumento de 30% en el precio de venta no es imputable al incremento en costos sino a la realización de una acción concertada. ...

Concluyó que:

...las empresas involucradas se coludieron con la finalidad de fijar el precio del gas LP para uso doméstico ... con el objeto de obtener mayores ganancias. ...

4. Licitaciones públicas de material radiológico

La CFC investigó y sancionó a dos agentes económicos que entre 1997 y 2001 participaron en licitaciones públicas ante el ISSSTE y el IMSS para adquisición de químicos reveladores y fijadores para placa radiográfica. En dicho periodo, sus ofertas económicas en 17 licitaciones fueron idénticas.¹¹⁵

Los agentes económicos explicaron la coincidencia de precios por el precio de referencia del IMSS. La CFC determinó que la información que IMSS proporciona no incluía precio de referencia alguno al que estaría dispuesto a adquirir. Únicamente el precio mínimo al que los participantes de esa licitación le ofertaron cada uno de los productos licitados. Dado que los demás participantes presentaron ofertas distintas a las denunciadas, la CFC determinó que dicha información no era un precio de referencia y que no es requisito indispensable para obtener la adjudicación de una licitación.

¹¹³ Prácticas Monopólicas Absolutas en el Mercado de Gas LP para uso Doméstico en el Valle de Toluca, Expedientes: DE-03-96, RA-17-98, RA-18-98 y RA-19-98. Fecha de resolución: 12 de febrero de 1998, confirmada el 7 de agosto de 1998.

¹¹⁴ En enero 1996 el precio por kilogramo de gas LP para uso doméstico era de \$1.42. A partir de febrero fue de \$ 1.80. El aumento fue uniforme.

¹¹⁵ Prácticas Monopólicas Absolutas en Licitaciones Convocadas por las Instituciones de Salud, Denuncia y Recursos de Reconsideración Expediente: DE-10-2001, RA-04-2003 y RA-05-2003. Fecha de resolución: 8 de abril del 2003.

5. Licitaciones de insulina, suero y soluciones electrolíticas

Un caso reciente involucró sanciones importantes por colusión a farmacéuticas y ciertas personas físicas por establecer, concertar y coordinar posturas en licitaciones públicas celebradas por el IMSS para la compra de insulina humana, sueros y soluciones electrolíticas durante enero 2002 y marzo 2009.¹¹⁶

Hay mucho que puede decirse sobre el caso. Me centraré en cuestiones sobre conducta oligopólica.

Comencemos con su existencia. Como se explicó, existen escuelas de opinión distintas sobre el tema. Este caso arroja luz sobre la forma en que la CFC abordará el acuerdo tácito. Por ejemplo, la CFC razonó que:¹¹⁷

Este tipo de acuerdos colusivos no se pueden detectar en licitaciones aisladas, sino en casos como el presente, en los que existe un juego repetido, con canales de comunicación bien desarrollados, donde es fácil establecer patrones de posturas ganadoras en la que las empresas se alternan para compartir el beneficio indebido de cobrarle al IMSS precios muy por arriba de lo que daría en un mercado competido. Estos patrones se ven claramente al revisar los datos de las licitaciones analizadas durante el procedimiento de investigación. Por ejemplo, un acuerdo donde los participantes se turnaban las licitaciones a ganar, no podría identificarse si sólo se analiza una de esas licitaciones de manera aislada.

Aplicando dicho estándar a este caso, la CFC sostuvo que:

El patrón de las posturas analizadas en el oficio de probable responsabilidad revela la existencia de un acuerdo colusorio.¹¹⁸

El motivo fue compararlo con lo que debería suceder en un mercado donde no existen acuerdos colusivos. La CFC describió la competencia en este mercado así:¹¹⁹

En un proceso de licitación competido con participantes que buscan maximizar su probabilidad de ganar de forma independiente, cada participante tiene incentivos para ofrecer su mejor precio a fin de incrementar la probabilidad de obtener el contrato licitado sin incurrir en pérdidas. Esta competencia lleva a que los participantes ofrezcan sus mejores posturas (incluyendo márgenes de ganancia competitivos), y que la convocante obtenga las mejores condiciones del mercado y, necesariamente, beneficios significativos a los consumidores en este caso concreto los derechohabientes del IMSS

La CFC determinó que los resultados de las licitaciones hacían concluir que el patrón de comportamiento no la pauta explicada. En sus palabras:

... no puede ser resultado de comportamiento independiente acorde con incrementar el beneficio económico, sino que revela que necesariamente la existencia de una coordinación para incrementar artificialmente los precios y distribuir los contratos entre las empresas. A lo largo del periodo cada postor demuestra que puede ofrecer precios ganadores de acuerdo a lo observado.

¹¹⁶ Resolución Baxter, S.A. de C.V. y otros, Exp. Número IO-03-2006.

¹¹⁷ Id. p. 4.

¹¹⁸ Id. p. 4.

¹¹⁹ Id. p. 6.

Sin embargo, no lo hace en cada licitación e incrementa injustificadamente su postura disminuyendo sustancialmente la probabilidad de ganar la licitación. Este comportamiento sólo se explica si existe un comportamiento coordinado para incrementar el beneficio económico de las empresas licitantes tal que, pese a perder algunas licitaciones, los beneficios del acuerdo colusorio son tan altos en los procesos ganados, que superan las ganancias potenciales que hubieran tenido de ganar el resto de las licitaciones actuando de manera independiente y competitiva¹²⁰

En forma importante:

Las posturas tanto ganadoras como perdedoras ... son prácticamente idénticas y no presentan cambios de un año a otro. ... las posturas caen de manera dramática ante la entrada de un nuevo participante con una postura agresiva a la baja.¹²¹

Se utilizaron elementos probatorios económicos. La evidencia económica era probativa de acuerdo consistente en la concentración de las ganancias de las licitaciones en las farmacéuticas, la similitud de posturas, la alternancia de posturas para ganar o perder, el máximo aprovechamiento, los altos márgenes de ganancia obtenidos, la existencia de barreras de entrada. Ello pues del expediente:

resultan pruebas indirectas las cuales han sido adminiculadas entre sí y en su conjunto para corroborar la existencia del acuerdo ilegal, toda vez que la experiencia en materia de competencia económica demuestra que la detección de carteles alcanza su grado de mayor complejidad, toda vez que no puede esperarse que la participación de cada empresa del cartel quede nítidamente expresada a través de un contrato escrito y firmado por los participantes, si no que más bien las empresas coludidas prestan especial interés por ocultar cualquier vestigio de ello.¹²²

Lo anterior puesto que existían facilitadores de acuerdos. La CFC analizó y enfatizó los siguientes:

1. **Bienes homogéneos:** que hace que la única variante entre los productos sea su precio, facilitando llegar a un acuerdo colusorio;
2. **Licitaciones frecuentes:** que permiten identificar la dinámica y los resultados de cada una de ellas con fines de verificar el cumplimiento de un acuerdo colusorio;
3. **Asignación de un contrato entre varios concursantes,** que permite dividirse el contrato y designar a varios elementos del cártel como ganadores dentro de una misma licitación, haciendo expedita la repartición de ganancias colusorias;
4. **Intercambio de información entre participantes,** pues contribuye a verificar desviaciones de las posturas

¹²⁰ Id. p. 7.

¹²¹ Id. p. 4.

¹²² Id. p. 8.

acordadas e instrumentar mecanismos de sanción entre los miembros del acuerdo en futuras licitaciones.¹²³

5. **Reglas de licitación estables en el tiempo**, que ayudan a la estabilidad de acuerdo para establecer, concertar o coordinar posturas, pues sus miembros no requieren estar rediseñando periódicamente las conductas para implementar el acuerdo;

6. **Barreras a la entrada**, que inhiben la entrada de participantes en las licitaciones y facilitan la colusión; y

7. **Precios de referencia**: cuando los precios de referencia en una licitación son muy altos en comparación con los precios de mercado, puede servir de referencia para acordar las posturas.

Como conclusión, la CFC determinó que:

... el conjunto de los elementos recabados—incluyendo el análisis de los resultados de las licitaciones—permiten observar una conducta atípica que sólo se puede explicar a través de un acuerdo colusorio ...¹²⁴

6. Aplicación del cargo por ajustes al precio del diesel a los usuarios de autotransporte y autotransportistas de carga

En este caso la CFC determinó que la recomendación hecha por la Cámara Nacional de Transporte de Carga (CANACAR) a sus agremiados¹²⁵ sobre la aplicación del factor de ajuste para transferir los costos por aumento de combustible (diesel¹²⁶) de los proveedores de autotransporte de carga a los usuarios del mismo constituía una práctica monopólica absoluta.¹²⁷ Ello pues los transportistas ya no decidirían individualmente si absorben parte o la totalidad del costo de dicho insumo, como sucede en condiciones de competencia. Como resultado, se incrementó el precio de venta de los servicios de autotransporte de carga en territorio nacional.¹²⁸

Algunas cuestiones a resaltar sobre este caso son:

1. El acto colusivo fue una 'recomendación';
2. A diferencia de otros casos donde el acuerdo putativo era tácito, en este caso era expreso. Dados los elementos probatorios, aunque existió análisis al respecto, fue menos importante demostrar económicamente o indirectamente (mediante inferencias) la existencia del acuerdo;
3. Se trató de un insumo, y no del producto total; y
4. La sanción impuesta fue importante, y abarcó a personas físicas y morales (incluyendo la cámara misma).

C. Lecciones

El régimen legal y la experiencia descrita arroja algunas conclusiones.

¹²³ Dada la existencia de medios y canales de comunicación, se acreditó que existió comunicación directa entre los directivos de las empresas emplazadas.

¹²⁴ Id. p. 9.

¹²⁵ Difundida por medios diversos, incluyendo Internet.

¹²⁶ insumo que refleja el 30% de la tarifa que se cobra al usuario del servicio.

¹²⁷ Artículo 9.I de la LFCE.

¹²⁸ Cámara Nacional de Transporte de Carga (CANACAR) y otros, DE 153-2008, resolución de 3 de junio de 2010.

1. En varios casos la CFC prefirió dar por terminada la investigación procurando acuerdos con los investigados. Ello podría despertar crítica. Considero que la misma debe tomar en cuenta que la decisión probablemente tenga como antecedente la dificultad del tema, y la facilidad de incurrir en error. Ante ello, una solución que prefiere solucionar a sancionar, es de entenderse.

2. En los casos en los que ha sancionado, se ha seguido una aproximación siguiendo los paradigmas económicos y jurídicos más aceptados sobre el tema. Se busca analizar la estructura de mercado de ambos lados (oferta y demanda) para aquilatar si existen explicaciones alternativas plausibles. Y aún cuando no existen, se han analizado elementos adicionales para procurar certeza que la conclusión (colusión) no constituye una mala prognosis de lo que en verdad está sucediendo en el mercado. Ello ha incluido pruebas indirectas (por ejemplo la económica) y otras.¹²⁹

En mi opinión, la aproximación tiene el mérito que procura evitar falsos positivos—el gran peligro de esta materia.

VI. criminalización de las prácticas monopólicas absolutas

Existe un renovado interés de poner sobre la lupa en la disciplina de la competencia económica. Como parte de ello, existen iniciativas diversas para mejorar el régimen. Una de ella es preocupante: hacer delito de las prácticas monopólicas absolutas. Para explicar porqué, me enfocaré en los dos géneros de problemas que la iniciativa conlleva: económicos y jurídicos, no sin antes mencionar sus motivos

A. Motivos de la criminalización

La criminalización de las prácticas monopólicas absolutas obedece no sólo al dilema de las penas altas, sino a la percepción que, no obstante que las penas económicas son las más altas del sistema jurídico mexicano, han mostrado no ser un disuasivo suficiente.

B. Problemas económicos

El problema económico se resume en que encarecería y conducta económica al imbuirla de riesgo. Ello propiciará conducta subóptima, ineficiente, inclusive no racional. Para explicar porqué explicaré sus implicaciones en la conducta oligopólica y dos comentarios de análisis económico del derecho penal.

1. Encarece vía riesgo conducta económica diversa

La conducta oligopólica (sea tacita o expresa) es, bajo derecho mexicano, sancionada conforme al artículo 9 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE). Es decir, es una práctica monopólica absoluta.

Como se ha detallado en este estudio existe diferencia de opinión económica sobre cómo regular y atacar la conducta oligopólica. Y se trata de uno de los temas más delicados e importantes de esta disciplina.

La dificultad reside en que conducta que puede tildarse de colusiva, también puede tener explicaciones competitivas válidas.¹³⁰ E irónicamente se trata de casos extremos. De calificarse como anticompetitiva, actualizaría la conducta más desdeñable. De calificarse como competitiva, se trataría de competencia intensa.

La implicación de sancionar con cárcel esta conducta es que arrojaría un manto de incertidumbre sobre una buena cantidad de conducta económica—e incertidumbre del peor género: ¡penal!

¹²⁹ Por ejemplo, la evidencia sobre comunicados coetáneos a los hechos.

¹³⁰ La conducta puede ser resultado de colusión tacita (*inter alia* paralelismo consciente), o puede ser el resultado de *interdependencia económica*, en cuyo caso el actuar de los agentes económicos es inevitable. No hacen mas que responder en la forma que más les conviene ante el terreno que enfrentan.

Como resultado, se encarecería (vía riesgo) conducta económica legítima.

2. La pena privativa de libertad como sanción subóptima

Para mi gusto, existe un uso promiscuo de la pena privativa de la libertad. Debería ser utilizado con menos frecuencia. De hecho, debería ser el último recurso. El motivo es múltiple. Aquí me ceñiré a indicar sus aristas en materia de competencia económica.

Existe una fuerte corriente de opinión internacional que la pena privativa de libertad para competencia económica es una mala idea.¹³¹ No sólo porque es difícil traducir una suma monetaria a una pena no-monetaria,¹³² sino porque es costosa y genera desperdicio.

La pena privativa de libertad implica un costo a cargo del Estado. Ello debe ser soportado para conducta tan socialmente repudiable que la justifique. Las prácticas monopólicas absolutas no reúnen dicho requisito. No son comparables con conducta antisocial del género que merece el adjetivo: homicidio, robo, delitos sexuales. Mientras que éstos involucran parásitos y depredadores sociales, los agentes económicos son creadores de valor. El ilícito que cometen es incurrir en conducta que hace que lo apropien todo en forma ineficiente. Conducta deplorable¹³³ pero in natura distinta.¹³⁴

La cárcel es más costosa de administrar que una multa. Consume recursos reales. Por el contrario, la multa genera recursos. La cárcel implica un desperdicio social. La multa no.

3. La cárcel es sobre-disuasiva

Criminalizar las prácticas monopólicas absolutas puede tener el efecto de disuadir conducta lícita al grado de prohibirla. Podría preguntarse si no estoy cometiendo un error. Las prácticas monopólicas absolutas son ilícitas. No. No me equivoco. El motivo por el que considero que la aseveración es cierta es que los agentes económicos buscan diseñar su actuar conforme a lo que 'safe-harbors': patrones de conducta que aseguren que no se generarán problemas. Dado el alto estigma y costo de criminalizar prácticas monopólicas absolutas, aunado a lo poco confiable que es el la aplicación del Derecho Penal en México, lo más probable es que agentes económicos tomen medidas sobre-protectoras y eviten conducta que sería lícita, con la finalidad de evitar cualquier riesgo. Ello es particularmente serio en competencia económica donde la línea divisoria entre conducta eficiente e ineficiente es borrosa.

C. Problemas Jurídicos

Detecto dos problemas jurídicos:¹³⁵ sobreutilización e incertidumbre.

1. Sobreutilización

La pena privativa de libertad debe reservarse para la conducta más antisocial. No debe utilizarse con facilidad. Hacerlo tiene el desafortunado resultado de:

¹³¹ Richard A. Posner, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, Chicago and London, 2ª Edición, p. 270.

¹³² Y el ejercicio—dadas sus implicaciones—es tal que probablemente dé lugar a tolerancia. Ante ello, ¿para qué usarla de origen?

¹³³ Bajo los paradigmas de competencia económica vigentes.

¹³⁴ Son mejor entendidos como creadores de valor que utilizan mecanismos ilícitos para apropiarse todo el beneficio ('bienestar') del consumidor, como se entiende bajo la disciplina macroeconómica de la economía de bienestar.

¹³⁵ Me limito a los problemas centrales. Hay quien ha aludido a otras consecuencias, como lo son su utilización política y estratégica. (ver Gabriel Castañeda, *Reforma*, 15 de noviembre de 2009, p. 15.)

- a) Perder el beneficio de escalar las sanciones;
- b) Pierde la oportunidad para calibrar correctamente una pena a conducta que desea erradicarse.

Esto es importante. No me refiero sólo al principio de proporcionalidad de Beccaria¹³⁶—aunque lo abarca, va más lejos.

Si la pena privativa de libertad es impuesta para cualquier conducta, conducta más seria se convierte en un 'obsequio' al delincuente. Después de todo, ya se 'pago' el precio mayor por cierta conducta ilícita. A los ojos del delincuente, conducta más grave se convierte en 'gratuita'. Ello incentiva conducta repudiable, lejos de desincentivarla.

Es cierto que mi argumento adolece de suponer que la pena de libertad en libertad es la pena máxima (después de todo, el tiempo de la pena privativa hace las veces de la graduación de la pena). Sin embargo, el punto que deseo transmitir es que, la cárcel es un 'escalón' muy alto. Y ello complica la graduación de la pena.

2. Incertidumbre

Es una lamentable pero conocida realidad de nuestro sistema legal que el estado del Derecho Penal en México es altamente corrupto e impredecible. Ante ello, establecer una capa adicional de responsabilidad (penal) para las prácticas monopólicas absolutas tendría por objeto imbuir de inseguridad jurídica a una enorme cantidad de conducta económica habitual.

Hay que decirlo: la situación penal en México deja mucho que desear. Si resultare que en la realización de actividad económica que puede tener una arista de competencia económica exista el más pequeño riesgo de responsabilidad penal, propiciaría en agentes económicos una inseguridad insoportable.

D. Comentario Final: atenuación via aplicación excepcional

Es cierto. Las prácticas monopólicas absolutas consisten en la conducta competitiva más repudiable. Deben ser enérgicamente perseguidas y sancionadas, y más en México, donde son rampantes.

Pero criminalizar es sobresancionar.

Sospecho que, de aprobarse la iniciativa que incluye criminalizar prácticas monopólicas absolutas, en la práctica se aplicará en forma excepcional en casos extremos.¹³⁷ De ser el caso, no obstante las reservas anteriormente descritas, la práctica probablemente las resuelva.

¹³⁶ Capítulo *Proportion between Crimes and Punishments*, Cesare Beccaria, *On Crimes and Punishments*, Hackett Publishing Company, p. 14.

¹³⁷ Dado que es la CFC quien puede denunciar por las mismas y una vez que exista un fallo sobre su existencia, probablemente utilice su discreción para casos extremos de carteles 'hard core'.

VII. Comentario final

El tema del oligopolio ha despertado preocupaciones económicas y jurídicas en todas las jurisdicciones que se ha abordado. El motivo: su dificultad y trascendencia, aunado a su ironía: la facilidad de confundir las conductas más competitivas con las más anticompetitivas.

México no sólo no es una excepción, sino es emblemático del problema: la enorme cantidad de estructuras de mercado concentradas y conducta sintomática de colusión exige una respuesta conceptual a la vez sólida y práctica. Los casos que a la fecha han tenido lugar reúnen ambos requisitos—aunque algunos los critiquen.

Límites a la Autonomía Judicial en Materia de Competencia Económica: comentarios en relación con la interpretación judicial en materia de Responsabilidad Civil

Por: Luis Omar Guerrero Rodríguez
y Gabriela Campos de Pablo¹³⁸

1. Introducción

El 25 de noviembre de 2009, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió la sentencia correspondiente al Recurso de Revisión respecto del Amparo Directo en Revisión No 426/2009. Como consecuencia de esa sentencia, el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil (tribunal que conoció del Amparo Directo), emitió una tesis aislada concerniente a los daños y perjuicios que pueden reclamarse en temas de competencia económica¹³⁹.

Dicha tesis sostiene que una acción de responsabilidad civil derivada de prácticas monopólicas no puede sustentarse en el artículo 28 constitucional; es decir, la prohibición general de monopolios y prácticas monopólicas contenida en dicho artículo es inadecuada para solicitar una acción de daños y perjuicios causados por infracciones en materia de competencia económica.

Así, únicamente será procedente la reclamación de daños y perjuicios como consecuencia de infracciones administrativas relacionadas con la materia de competencia económica cuando se haya incurrido en una violación expresa de la ley reglamentaria del artículo 28 de la Constitución (Ley Federal de Competencia Económica/"LFCE") y cuando la Comisión Federal de Competencia ("Cofeco") haya determinado mediante resolución firme la comisión de la infracción.

A diferencia de otros países, donde el legislador ha delegado al poder judicial la facultad necesaria para determinar conductas violatorias en materia de competencia, en México no existe tal delegación, sino que es necesario que la infracción esté prevista en ley. La tesis en comento ratifica y complementa lo que la SCJN había sostenido previamente a las reformas del 2006,¹⁴⁰ al declarar inconstitucional la fracción VII del artículo 10 de la LFCE:

¹³⁸ Socio y Asociada, respectivamente, de Barrera, Siqueiros y Torres Landa, S.C. El contenido de este artículo se elaboró para propósitos académicos y no refleja necesariamente la opinión de dicho despacho.

¹³⁹ ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL. NO PUEDE SUSTENTARSE EN EL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL, PORQUE ÉSTE NO FACULTA A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES PARA DETERMINAR QUÉ CONDUCTAS CONSTITUYEN PRÁCTICAS MONOPÓLICAS EN FUNCIÓN DE LOS HECHOS NARRADOS POR LAS PARTES EN UNA CONTROVERSIA.

Registro No. 165118, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, Marzo de 2010, Página 2855, Tesis: I -14o C 65 C. Tesis Aislada, Materia (s): Civil.

¹⁴⁰ COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 10, FRACCIÓN VII, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL NO ESPECIFICAR LA CONDUCTA SOBRE LA CUAL RECAERÁ LA SANCIÓN QUE PREVÉ, VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

"La garantía de legalidad en materia de derecho sancionador no sólo significa que el acto creador de la norma deba emanar del Poder Legislativo, sino que los elementos esenciales de la conducta, así como la forma, contenido y alcance de la infracción, estén consignados en la ley, de manera que no quede margen para la arbitrariedad de las autoridades encargadas de su aplicación, y el gobernado pueda conocer la conducta que constituye una infracción a la ley y a qué sanción se hará acreedor por actualizarse la hipótesis punitiva de la norma. Por su parte, la garantía de seguridad jurídica, en su expresión genérica, exige del legislador el establecimiento de normas que otorguen certeza y seguridad a los gobernados y que a la vez sirvan de orientación a la autoridad respectiva para imponer la sanción aplicable. En congruencia con lo antes

conforme al fundamento previsto en la Constitución misma, el sistema mexicano en materia de competencia económica es un sistema más de leyes que de jueces.

En nuestro país, distinto a otras latitudes, las autoridades administrativas no cuentan con facultades discrecionales para crear los tipos administrativos. Los jueces tampoco cuentan con dichas facultades porque, en México, la Cofeco es la autoridad que conoce de las infracciones administrativas y los jueces solamente conocen de la materia hasta el juicio de amparo, como parte de la función constitucional de revisión de las resoluciones de la Cofeco¹⁴¹. Finalmente, los jueces sí tienen facultades para conocer de las acciones de daños y perjuicios de asuntos de materia de competencia económica pero hasta que exista resolución firme de la Cofeco.¹⁴²

Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, las conductas violatorias del sistema antimonopolios o de competencia económica están reguladas por leyes generales como la *Sherman Act*¹⁴³, y de esos principios parte la

expuesto, el artículo 10, fracción VII, de la Ley Federal de Competencia Económica viola las garantías constitucionales citadas, pues de su análisis relacionado con los diversos artículos 11, 12, 13 y 35 de ese ordenamiento, así como 23 y 24 del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia Económica, se colige que no señala con precisión el marco a través del cual la autoridad pueda ejercer su potestad sancionadora a quienes incurran en una práctica monopólica relativa, pues únicamente se concreta a señalar criterios genéricos referentes a que se dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia. Esto es, no obstante que la ley faculta a la Comisión Federal de Competencia para sancionar con multa (hasta por el equivalente a 100,000 veces el salario mínimo) a quien incurra en la hipótesis prevista en la aludida norma, lo cierto es que no especifica la conducta sobre la cual recaerá dicha sanción, con lo que se deja al arbitrio de la autoridad determinar la infracción que se presenta en cada caso."

Registro No. 181772 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX, Abril de 2004 Página: 256 Tesis: P. XII/2004 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional, Administrativa.

¹⁴¹ Véase contradicción de tesis 248/2007-SS.

Novena Época, Registro: 170034, Instancia: Segunda Sala, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Marzo de 2008, Materia(s): Administrativa, Tesis: 2a./J. 30/2008, Página: 174

RECONSIDERACIÓN. LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL RECURSO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 39 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, NO ES IMPUGNABLE ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA.

"El citado artículo otorga a los afectados por las resoluciones dictadas por la Comisión Federal de Competencia la facultad de impugnarlas ante la propia Comisión, a través del recurso de reconsideración; asimismo, dispone el plazo para la interposición de éste, las formalidades de su tramitación, el otorgamiento de la suspensión y el propósito de dicho medio de defensa (revocar, modificar o confirmar la resolución reclamada). Como se observa, el recurso de reconsideración es, en sí, un medio ordinario de defensa, previsto en ley, que procede en contra de las determinaciones de la Comisión Federal de Competencia, dictadas con apoyo en la ley de la materia. Por otro lado, el artículo 2 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo prevé que el juicio contencioso administrativo federal procede, entre otros actos, en contra de las resoluciones administrativas definitivas que establece la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Ahora bien, ni en la fracción XV del artículo 11 de la citada Ley Orgánica vigente hasta el 6 de diciembre de 2007, ni en la fracción XV de su correlativo artículo 14 de la vigente, se establece expresamente dentro de la competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la resolución dictada en el recurso de reconsideración previsto en el artículo 39 de la Ley Federal de Competencia Económica. De lo anterior se concluye, que la resolución dictada dentro del recurso no es impugnabile a través de medio ordinario de defensa alguno, por lo que sólo puede combatirse a través del juicio de amparo indirecto, en términos del numeral 107, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

Contradicción de tesis 248/2007-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero, Cuarto y Décimo Primero, todos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 20 de febrero de 2008. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Alma Delia Aguilar Chávez Nava.

Tesis de jurisprudencia 30/2008. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veintisiete de febrero de dos mil ocho.

¹⁴² Véase artículo 38 de la LFCE que señala: "Una vez que la resolución de la Comisión haya causado estado, los agentes económicos que hayan sufrido daños y perjuicios a causa de la práctica monopólica o concentración prohibida, podrán deducir su acción por la vía judicial, para obtener una indemnización por daños y perjuicios. Al efecto, la autoridad judicial podrá solicitar a la Comisión la estimación de los daños y perjuicios."

¹⁴³ Promulgada en 1890. La *Sherman Act* contiene lineamientos generales en materia de competencia, por lo que deja abierta la puerta a los jueces para crear reglas o sistemas para determinar si una conducta constituye una práctica monopólica relativa, lo que se conoce como la *rule of reason*.

construcción jurisprudencial que define las conductas ilícitas. En contraste, nuestro país se aleja cada vez más de este esquema. La tesis que comentaremos confirma que los jueces y autoridades jurisdiccionales deben basarse en ley. En otras palabras, en esta materia somos un país de leyes más que de jueces.

2. Antecedentes

El artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe los monopolios y las prácticas monopólicas¹⁴⁴. La ley reglamentaria de dicho artículo es la **LFCE**, publicada en diciembre de 1992 y vigente a partir del 23 de junio de 1993.

El propósito de la LFCE es proteger el proceso de competencia y libre concurrencia. Para esto, la LFCE sanciona las prácticas monopólicas y establece un sistema preventivo para las concentraciones,¹⁴⁵ a través de la Cofeco¹⁴⁶.

Las prácticas monopólicas pueden ser absolutas o relativas. Las absolutas, reguladas en el artículo 9 de la LFCE, son consideradas por la Cofeco como prohibidas por sí mismas. Estos acuerdos horizontales o colusivos son aquellos que llevan a cabo competidores al celebrar acuerdos entre sí y que tienen por objeto o efecto fijar precios, intercambiar información con ese propósito, dividir mercados, restringir abasto o fijar posturas en licitaciones o subastas públicas.

Por otro lado, las prácticas monopólicas relativas, reguladas por el artículo 10 de la Ley¹⁴⁷, son actos unilaterales o plurilaterales, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes en el mercado, impedirles de manera sustancial su acceso o establecer ventajas exclusivas. A diferencia de las prácticas monopólicas absolutas, para que una determinada conducta sea considerada una práctica monopólica relativa será necesario cumplir con determinados presupuestos de procedibilidad¹⁴⁸, exista el efecto u objeto de desplazamiento,

¹⁴⁴ Véase artículo 28. CPEUM que señala: “En los Estados Unidos Mexicanos, quedarán prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos **en los términos y condiciones que fijan las leyes** [...]”

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

¹⁴⁵ Actualmente, el Senado de la República se encuentra analizando una propuesta de reformas, tanto a la LFCE como al Código Penal Federal, según la cual, entre otras cosas, se fortalecerían las atribuciones de la Cofeco para sancionar las prácticas monopólicas. Las reformas propuestas incluirán fundamentalmente facultades para que la Cofeco lleve a cabo efectivas visitas de verificación, un aumento considerable en las multas, así como la traspolación de las prácticas monopólicas absolutas como tipos penales. En caso de que dicha reforma se apruebe, aquellos agentes económicos que hayan sufrido daños o perjuicios derivado de las prácticas monopólicas absolutas ya no estarían obligados a solicitarlo únicamente a través de la vía judicial civil, como lo prevé el actual artículo 38 de la LFCE, sino que podrán solicitar la reparación del daño – respecto de las personas físicas-, por la vía judicial penal”.

¹⁴⁶ Véase Artículo 23 de la LFCE que señala que “La Comisión Federal de Competencia es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial [hoy Secretaría de Economía], contará con autonomía técnica y operativa, y tendrá a su cargo prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, en los términos de esta ley, y gozará de autonomía para dictar sus resoluciones”.

¹⁴⁷ Art. 10. “Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, se considerarán 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 en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:..”

¹⁴⁸ Para determinar si una conducta constituye una práctica monopólica relativa, es necesario demostrar que el agente económico en cuestión tiene poder sustancial en el mercado relevante. Para determinar el mercado relevante al momento de analizar posibles prácticas monopólicas relativas, se deben considerar ciertos requisitos (art. 12 y 13 LFCE), como: i) la posibilidad de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros;

exclusividad indebida o restricción de acceso al mercado, la adecuación expresa al tipo administrativo específico y que los efectos anticompetitivos de dichos actos superen los pro-competitivos¹⁴⁹.

La LFCE fue reformada en el 2006¹⁵⁰ en distintos artículos, incluyendo el artículo 10 que define las prácticas monopólicas relativas. Antes de la reforma, el artículo 10 incluía una última fracción (VII), conforme a la cual se consideraba una práctica monopólica relativa *todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios*. Esta controvertida fracción es lo que se conocía como la *catch all provision* o “cajón de sastre”; es decir, una disposición de carácter general que podría abarcar una infinidad de conductas, otorgando a la Cofeco, como autoridad jurisdiccional, la facultad discrecional para determinar e integrar la conducta a la norma.

Es importante recordar que, previo a la promulgación de la LFCE en 1992, se discutía si México debía incorporar un sistema en materia de competencia económica que se acercara al de otras latitudes (vgr., Estados Unidos de América), donde los jueces pudieran adecuar discrecionalmente la norma general al caso particular, o si, por el contrario, únicamente se debía circunscribir a la norma escrita.

El propio fundamento constitucional de la LFCE (Art. 28) establece claramente que la ley (y no las autoridades juzgadoras) castigará severamente las prácticas monopólicas, los monopolios y demás actividades prohibidas. No obstante lo anterior, el original artículo 10 de la LFCE (previo a las reformas de 2006) era ambiguo respecto de la postura mexicana, ya que si bien es cierto que sus primeras fracciones establecían una serie de elementos más o menos precisos respecto de las conductas que podían constituir una práctica monopólica relativa, la fracción VII incluía una fórmula general o *tipo abierto*.¹⁵¹ Este tipo abierto dejaba la puerta abierta al juzgador para determinar por sí mismo la conducta que constituía una práctica monopólica relativa.

En noviembre de 2003, la SCJN declaró la inconstitucionalidad de la fracción VII del artículo 10 de la LFCE¹⁵². Dicha declaración sentó un precedente histórico y un parte aguas en la materia de competencia. No solamente restringió significativamente las facultades de la Cofeco para investigar y sancionar prácticas monopólicas relativas, sino que confirmó que en la materia, y conforme al mandato constitucional, nuestro país optó por un sistema de derecho escrito en lugar de un sistema de creación de normas a nivel judicial.

3. Análisis del Caso

Aún cuando el análisis del procedimiento que culminó con la declaración de inconstitucionalidad de la fracción VII del artículo 10 no es materia específica de este ensayo, en este capítulo hacemos referencia a ello, en tanto tiene relación estrecha con la tesis en materia de responsabilidad civil que se analiza más adelante. De hecho, la tesis que comentamos en este artículo es un segundo capítulo y prolongación del litigio que se inició en la esfera administrativa y se continuó ante el poder judicial bajo el esquema de acción de responsabilidad civil.

ii) los costos relacionados con dicho bien o servicio; iii) las probabilidades de los usuarios para acudir a otros mercados y vi) si existen restricciones normativas que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes alternativas de abasto o a proveedores alternativos.

¹⁴⁹ Conforme al último párrafo del artículo 10 de la LFCE, para determinar si una práctica debe ser sancionada como práctica monopólica relativa, la Cofeco deberá analizar las ganancias en eficiencia derivadas de la conducta que acrediten los agentes económicos y que incidan favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia.

¹⁵⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Federación fecha 28 de junio de 2006.

¹⁵¹ Bernardo C. Ledesma Uribe y Omar Guerrero R. *Breves notas sobre la inconstitucionalidad del artículo 10 fracción VII de la Ley Federal de Competencia Económica*. Revista El Foro publicada por la Barra Mexicana de Abogados, A.C., 13ª época, Tomo XVIII No. 1. 1er semestre de 2004

¹⁵² Recurso de Revisión promovido por Warner Lambert México, S.A. de C.V. en el Toca no. 2589/96. Véase nota 3.

3.1 Primera etapa. Procedimiento administrativo e inconstitucionalidad del artículo 10 fracción VII de la LFCE.

Tanto el precedente de inconstitucionalidad de la fracción VII del artículo 10 de la LFCE como la tesis en materia de responsabilidad civil que aquí se analiza tienen sus antecedentes en una denuncia hecha por Chicles Canel's, S.A. de C.V. (Canel's) ante la Cofeco por una presunta comisión por la contraparte Chicle Adams, S.A. de C.V.¹⁵³, de una práctica que el denunciante denominó como depredación por precios.¹⁵⁴ A esta denuncia le siguió un procedimiento posterior, dos años después, iniciado por la Cofeco bajo la modalidad de investigación de oficio derivado de la misma práctica¹⁵⁵. Los procedimientos fueron iniciados bajo periodos de tiempo distintos (el de denuncia de 1991 a 1994 y el de investigación de oficio de 1994 a 1996). El estudio a detalle de los expedientes respectivos llevan a concluir que existía una conducta persecutoria en contra de la empresa denunciada y sujeto de la investigación de oficio.

El 22 de junio de 1994, la denunciante hizo del conocimiento de la Cofeco y asumió la carga de prueba de acreditar que la política de precios, supuestamente anticompetitiva (depredación de precios¹⁵⁶ o subsidios cruzados), aplicada por su competidor con un producto más barato, tenía el objetivo de desplazar del mercado al artículo similar de la misma denunciante.

Después de seguir el procedimiento administrativo correspondiente,¹⁵⁷ el 8 de febrero de 1996, la Cofeco resolvió en definitiva no imponer sanción alguna en contra de la denunciada, en virtud de que no se determinó la existencia de prácticas monopólicas relativas¹⁵⁸, mencionando específicamente que Canel's no había sufrido daño alguno como consecuencia de la supuesta práctica. Adicionalmente, se apercibió a la denunciada de abstenerse de cometer prácticas monopólicas relativas en el futuro y se le impuso una metodología contable para futuras investigaciones de depredación. En dicha resolución se definió un mercado relevante y se estableció que la denunciada tenía poder sustancial de mercado. Esta resolución fue consentida por la denunciante pero no por la denunciada, quien agotó todos los medios legales y constitucionales para no consentirla. Finalmente, la SCJN determinó que no existía interés jurídico por parte de la denunciada, en la medida que lo allí resuelto eran meras recomendaciones sin efectos vinculativos.

Después de un par de meses de dictada la resolución absolutoria y en la que se confirma que Canel's no sufrió daño alguno respecto del procedimiento de denuncia DE-22-94, el 26 de abril de 1996, la Cofeco inició¹⁵⁹ de oficio y con fundamento en la fracción VII del artículo 10 de la LFCE, una investigación en contra de "quienes resultaran

¹⁵³ Según se describe en el Informe publicado por la Cofeco correspondiente al 2o semestre de 1996. Sección III. *Prácticas Monopólicas y Otras Restricciones a la Competencia*. <http://www.cfc.gob.mx/>

¹⁵⁴ Procedimiento administrativo No. DE-11-94.

¹⁵⁵ Procedimiento administrativo No. IO-16-96.

¹⁵⁶ La depredación de precios es conocida en otras jurisdicciones como una *venta por debajo de costo*; sin embargo, los elementos que la integran son controversiales. Véase Guerrero Rodríguez, Luis Omar. *La depredación por precios de conformidad a la legislación de competencia económica*. Tesis de Posgrado en Negocios Jurídicos Internacionales. Escuela Libre de Derecho 1999.

¹⁵⁷ Dicho procedimiento fue iniciado y concluido antes de la expedición del Reglamento de la LFCE de 1998. Así, el procedimiento DE-22-94 se llevó a cabo bajo la forma de procedimiento administrativo seguido en forma de juicio.

¹⁵⁸ Según se describe en el Informe de la COFECO correspondiente al 2º semestre de 1996, dicha autoridad encontró que los elementos aportados por la denunciante soportaban la denuncia y el inicio de la investigación, sin embargo, no había evidencia inequívoca de la existencia de prácticas monopólicas relativas, ya que era probable que la política de precios se debiera a una actitud defensiva por parte de la denunciada.

¹⁵⁹ Véase oficio de inicio de la investigación de oficio bajo el expediente IO-16-96 emitido por la Cofeco el 26 de abril de 1996.

responsables” de la comisión de prácticas violatorias de la LFCE en el mercado de gomas de mascar¹⁶⁰. Cabe destacar que el único agente investigado fue la previa denunciada¹⁶¹, y que la investigación se centró en hechos posteriores a los analizados en el procedimiento iniciado por bajo el expediente DE-22-94¹⁶². En otras palabras, se infería que fue una investigación de oficio plenamente dirigida.

Dos años después, el 14 de mayo de 1998, la Cofeco emitió resolución definitiva en el procedimiento de investigación. La resolución ordenó a la responsable de la práctica imputada dejar de incurrir en prácticas monopólicas que dañen o impidan el proceso de competencia, en virtud de que sus acciones estaban comprendidas por el artículo 10, fracción VII de la LFCE. Ante esta resolución, la sancionada se defendió mediante el recurso administrativo ordinario y después interpuso un juicio de amparo indirecto y eventualmente un amparo en revisión¹⁶³ que, entre otras cosas, versó sobre la inconstitucionalidad de dicho artículo.¹⁶⁴

Después de un largo litigio ante distintas instancias, el pleno de la SCJN conoció del asunto y, finalmente, el 25 de noviembre de 2003, la SCJN declaró la inconstitucionalidad de la fracción VII del artículo 10 de la LFCE por considerarla general, arbitraria e incierta y, por lo tanto, violatoria del principio de legalidad. A través de esta resolución histórica se limitan las facultades de las autoridades encargadas de la aplicación de la LFCE, al determinar que dicha ley debe prever los parámetros necesarios para imponer una sanción determinada, a fin de que los gobernados puedan saber de antemano las sanciones a las que serán acreedores, por violación a la norma.

En conclusión, tanto en los procedimientos de la Cofeco DE-22-94 e IO-16-96, el denunciado e investigado, respectivamente, fue absuelto mediante resoluciones firmes, de las prácticas monopólicas relativas imputadas. En dichas resoluciones quedó asentado que Canel’s no sufrió daño alguno como consecuencia de la supuesta práctica monopólica relativa imputada; tal aseveración fue consentida por Canel’s al no haber recurrido la resolución correspondiente.

3.2 Segunda Etapa. Acción de responsabilidad civil.

Respecto de la responsabilidad civil en materia de competencia, el artículo 38 de la LFCE¹⁶⁵, establece que los agentes económicos que hayan sufrido daños y perjuicios como consecuencia de una práctica monopólica pueden solicitar la indemnización correspondiente por la vía judicial.

El 23 de febrero de 2006, la denunciante original en el procedimiento DE-22-94 (y beneficiario de una posible resolución favorable en el procedimiento IO-16-96), inició una acción de responsabilidad por daños y perjuicios en la vía ordinaria mercantil, causados por hechos relacionados a conductas que identificó como depredación por precios y que ocurrieron entre 1991 y 1996. El actor adjuntó como pruebas, parcialmente, los expedientes DE-22-

¹⁶⁰ Según la versión resumida de la resolución del Pleno de la Comisión, publicada en la página <http://www.cfc.gob.mx/>, la investigación se centró en información correspondiente al periodo comprendido entre mayo de 1994 y abril de 1996.

¹⁶¹ Mediante resolución de fecha 27 de noviembre de 1996, suscrita por el Presidente y Secretario Ejecutivo de la Cofeco, por la que se emplazó a la investigada en su carácter de presunto responsable de una práctica monopólica relativa.

¹⁶² La investigación se centró en el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 1994 y el 26 de abril de 1996.

¹⁶³ Amparo en Revisión promovido por Warner Lambert México, S.A. de C.V. en el Toca 2589/96.

¹⁶⁴ Dicho amparo también invocaba la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 13 y 31, de la LFCE, 24 fracción VII, 25 fracción VIII y 28 fracción VII del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia.

¹⁶⁵ Véase nota No. 4 en referencia al Artículo 38 de la LFCE. Al efecto, la autoridad judicial podrá solicitar a la Comisión la estimación de los daños y perjuicios (según reforma del 28 de junio de 2006).

94 e IO-16-96. Esta vez, dicho demandante o actor imputó que existía un hecho ilícito que violaba en forma directa el artículo 28 constitucional.

El actor fundamentó su acción en los principios generales de responsabilidad por daños consagrados en los artículos 1830 y 1910 del Código Civil Federal,¹⁶⁶ y argumentó que la ilicitud de la supuesta práctica monopólica deviene directamente de la prohibición general de monopolios contenida en artículo 28 constitucional. El actor no imputó una norma específica a nivel legal, que describiera la conducta “ilícita”.

La discusión principal dentro del procedimiento versó sobre los siguientes temas: i) si conforme al artículo 38 de la LFCE¹⁶⁷ era necesario contar con una declaración previa de infracción por parte de la Cofeco, antes de ejercer la acción por vía judicial y si ii) el ilícito a evidenciar como elemento fundamental de la acción de responsabilidad civil podría derivar directamente de la Constitución, en lugar de a la legislación secundaria (LFCE).¹⁶⁸ En nuestra opinión, este procedimiento significó en gran medida re-litigar ante un juez civil lo que previamente había sido materia de resolución firme ante la Cofeco, los tribunales de amparo y, evidentemente, la SCJN.

En primera instancia¹⁶⁹, el Juez absolvió a la demandada de las prestaciones reclamadas. En la sentencia, se señaló expresamente que es un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contar con una resolución administrativa y una declaración expresa de la conducta anticompetitiva¹⁷⁰. Conforme al artículo 38

¹⁶⁶ El artículo 1830 del Código Civil Federal define lo que es una conducta ilícita al establecer que “es ilícito el hecho que es contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres”, mientras que el artículo 1910 del mismo ordenamiento determina la obligación de reparar el daño causado por hechos ilícitos, señalando que “aquel que obrando ilícitamente o en contra de las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararlo a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

¹⁶⁷ El artículo 38 de la LFCE, hasta antes de la reforma del 28 de junio de 2006, señalaba que “Los agentes económicos que hayan demostrado durante el procedimiento haber sufrido daños y perjuicios a causa de la práctica monopólica o concentración ilícita, podrán deducir su acción por la vía judicial, para obtener una indemnización hasta por daños y perjuicios. Al efecto, la autoridad judicial podrá considerar la estimación de los daños y perjuicios que haya realizado la propia Comisión”.

¹⁶⁸ También se adujo un paradigma fundamental: si la acción ejercida no tiene como base una declaración previa de ilicitud, el actor carece de acción y si ésta no se necesitaba (es decir, que pudiera ejercerse la acción civil/mercantil sin la declaración previa de ilicitud), entonces la acción estaba prescrita.

¹⁶⁹ Procedimiento ante el juzgado Vigésimo Sexto de lo Civil del Distrito Federal, bajo el el número de expediente 175/2006

¹⁷⁰ **PROPIEDAD INDUSTRIAL. ES NECESARIA UNA PREVIA DECLARACIÓN POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.**

De lo dispuesto en los artículos 6o., 187, 188, 192, 193, 198, 199 bis, 199 bis 5, 217 a 219, 221, 221 bis, 227 a 229 de la Ley de la Propiedad Industrial se advierte que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, entre otras facultades, tiene la de sustanciar los procedimientos de declaración de nulidad, caducidad, cancelación e infracción administrativa respecto de los derechos de propiedad industrial, así como la de formular resoluciones y pronunciar las declaraciones correspondientes; desprendiéndose también de la misma ley que cuando las partes interesadas no designen como árbitro al citado instituto para la resolución de controversias relacionadas con el pago de los daños y perjuicios derivados de la violación a los derechos de propiedad industrial, tal como lo permite la fracción IX del artículo 6o. de la ley de la materia, el diverso numeral 221 faculta al afectado para demandar ese pago en los términos de la legislación común, que no es otra sino la legislación civil. Ahora bien, en virtud de que el aludido instituto es la autoridad administrativa especializada que conoce de esa materia y por disposición de aquella ley especial es la competente para realizar el pronunciamiento correspondiente en el procedimiento de declaración respectivo, resulta inconcuso que para la procedencia de esta acción de indemnización es necesaria, por parte del propio instituto, una previa declaración de la existencia de infracciones, lo que implica un acto materialmente jurisdiccional eficaz para acreditarlas; por ello, el Juez que conozca de la reclamación de daños y perjuicios derivados de la violación a derechos de propiedad industrial deberá ponderar si aquéllos fueron producto directo de la infracción administrativa declarada por el mencionado instituto, pero no podrá cuestionar si los particulares cometieron la citada infracción, pues ello ya habrá sido declarado en resolución firme por la autoridad administrativa; de ahí que al estar ligada estrechamente con la citada transgresión, la acción civil de daños y perjuicios no puede desvincularse de la declaración emitida por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

Contradicción de tesis 31/2003-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado, el Décimo Primer Tribunal Colegiado y el Décimo Tercer Tribunal Colegiado, todos en Materia Civil del Primer Circuito. 17 de marzo de 2004. Mayoría de tres votos. Ausente: Humberto Román

de la LFCE, existe un requisito de procedibilidad para obtener una indemnización de daños y perjuicios, y declaró que el actor estaba imposibilitado para obtener la indemnización en este caso donde ya se determinó, por resoluciones firmes, que no existió práctica monopólica relativa alguna.

Esta sentencia se ratificó en segunda instancia. Después de un devenir procesal, eventualmente el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en materia Civil, en el Amparo Directo 426/2009, negó el amparo y protección de la justicia federal al quejoso y actor en el procedimiento de origen. El argumento total del actor/recurrente y quejoso era que existen diversas proyecciones de un hecho ilícito: civil, mercantil, administrativo y penal. Luego, el hecho de que no se hubiera logrado condenar en la esfera civil al demandado, no vedaba la posibilidad de demandar o denunciar en otros frentes del derecho. Ningún tribunal ordinario o constitucional acogió tal teoría.

Finalmente, el quejoso interpuso el recurso de revisión excepcional, al tratarse de una interpretación directa a un artículo constitucional. La SCJN confirmó que la pretensión de la recurrente era infundada, ya que el artículo 28 constitucional por sí mismo no faculta a los órganos jurisdiccionales a resolver si una conducta es monopólica o si, por el contrario, hay que atender a la legislación secundaria. Como consecuencia de dicha sentencia, el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en materia Civil de Primer Circuito emitió la siguiente tesis de Acción de Responsabilidad Civil, que se analizará posteriormente.

“ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL. NO PUEDE SUSTENTARSE EN EL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL PORQUE ÉSTE NO FACULTA A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES PARA DETERMINAR QUÉ CONDUCTAS CONSTITUYEN PRÁCTICAS MONOPÓLICAS EN FUNCIÓN DE LOS HECHOS NARRADOS POR LAS PARTES EN UNA CONTROVERSIA.

Al ejercerse la acción de responsabilidad civil, el juzgador debe examinar y, en su caso, interpretar la legislación ordinaria para resolver cuál es la hipótesis normativa de la que deriva la pretendida ilicitud del acto que da origen a esa pretensión, pero no implica que con base en el artículo 1830, en relación con el numeral 1910, ambos del Código Civil Federal, esté facultado, con fundamento en el artículo 28 constitucional, en un pretendido ejercicio de su arbitrio judicial, para establecer que una determinada conducta configura una práctica monopólica que da lugar a exigir el pago de daños y perjuicios. La función del órgano jurisdiccional es seleccionar y aplicar una norma jurídica a la realidad fáctica para emitir una resolución fundada en derecho, atento a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 14 constitucional, sin embargo, los párrafos primero y segundo del artículo 28 constitucional no señalan qué casos configuran las prácticas monopólicas. De manera que si en la época en que se suscitaron los hechos controvertidos, existía una omisión legislativa relativa en la fracción VII del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica, en virtud de que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró inconstitucional esa porción normativa por que no establecía los parámetros necesarios para determinar qué conductas constituían prácticas monopólicas, no por esa razón el órgano jurisdiccional está en aptitud de determinar si la conducta desplegada por la demandada debe calificarse como una práctica monopólica, porque la ilicitud de la conducta no emergería de una descripción legislativa general, sino de una decisión particular del juzgador que lo convertiría en creador de una hipótesis legal, lo cual excedería su función jurisdiccional, porque el artículo 28 constitucional desarrolla una parte de los principios relativos a la rectoría económica del Estado para garantizar el crecimiento económico del país, mediante diversas acciones, entre otras, la prohibición de los monopolios, pero deja al legislador ordinario y no a la autoridad judicial, la facultad de fijar cuáles son las conductas que deben calificarse como prácticas monopólicas,

Palacios. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz. Tesis de jurisprudencia 13/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diecisiete de marzo de dos mil cuatro.

independientemente de la proyección penal, administrativa o civil que pueda darse a la clasificación que precise la autoridad legislativa.”

DÉCIMO CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo Directo 426/2009. Canel's S.A. de C.V. 24 de septiembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arellano Hobelsberger. Secretario Marco Antonio Hernández Tirado.

4. Tesis de Acción de Responsabilidad Civil

4.1 Contenido

De la tesis emitida por el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en relación con la Responsabilidad Civil, se desprende lo siguiente:

- i) El artículo 28 constitucional no faculta a los órganos jurisdiccionales para establecer que una determinada conducta es una práctica monopólica por la que se pueda exigir el pago de daños y perjuicios.
- ii) La Constitución no especifica que los actos que constituyen una práctica monopólica relativa. Para que el ilícito derivara del artículo 28 mencionado en acciones de responsabilidad civil, sería necesario que las autoridades judiciales interpretaran la norma general y determinaran si cierta conducta constituye una práctica monopólica. Esto violaría el principio consagrado en el último párrafo del artículo 14 constitucional.
- iii) El artículo 28 prohíbe, de forma genérica, los monopolios y prácticas monopólicas. El legislador ordinario debe determinar las conductas que deben calificarse como prácticas monopólicas y no la autoridad judicial, independientemente de la proyección penal, administrativa o civil, que se le pueda dar a la calificación.
- iv) El hecho de que exista una omisión legislativa derivada de la inconstitucionalidad de la fracción VII del artículo 10 de la LFCE, no faculta a los jueces para determinar si una conducta constituye una práctica monopólica.

4.2 Análisis

La tesis en comento está estrechamente vinculada con la declaración de inconstitucionalidad de la fracción VII del artículo 10 de la LFCE. Ambas se complementan, confirmando que en materia de competencia económica no existe autonomía ni discrecionalidad judicial alguna cuando se trata de determinar si una conducta constituye una práctica monopólica relativa.

La declaración de inconstitucionalidad mencionada elimina la ambigüedad del artículo 10 original, en tanto confirma que, en México, un sistema de normas escritas rige la competencia y libre concurrencia. En ese contexto, el constituyente especificó la ley se encargaría de castigar “severamente” las infracciones específicamente previstas en ley. En total congruencia con la resolución de inconstitucionalidad, la Tesis de Responsabilidad Civil reitera que es la legislación ordinaria -y no el juzgador- la que debe determinar si cierta conducta constituye una práctica monopólica relativa. Así, el poder judicial ratificó el sistema de prioridad del derecho escrito sobre el de construcción judicial, ya que el legislador no faculta a los jueces o autoridades que juzgan la materia para determinar las conductas que pueden resultar ilícitas.

Mediante la resolución analizada, nuestros tribunales federales confirman el principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución, al establecer que cualquier resolución que determine si una práctica es monopólica (ya sea que tenga repercusiones civiles, administrativas o penales), debe estar fundamentada en una norma jurídica ordinaria (LFCE).¹⁷¹ De lo anterior se infiere que en nuestro sistema legal, el juzgador no puede encuadrar determinadas conductas como prácticas monopólicas relativas si no se encuentran definidas en ley.

Por otro lado, la resolución comentada sienta un precedente importante, en relación con los requisitos de procedibilidad para exigir daños y perjuicios en materia de competencia. Dicha tesis establece que para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil, se requiere la declaración de ilicitud por parte de la autoridad jurisdiccional; es decir, que la Cofeco haya declarado previamente que determinada conducta constituye una práctica monopólica.

Este principio ya había sido sostenido en otras instancias de la esfera administrativa. En el año 2003, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito interpretó el artículo 221 de la Ley de la Propiedad Industrial¹⁷² en un sentido opuesto al que venía prevaleciendo, al sostener que era necesario que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial –IMPI–, autoridad juzgadora en la materia, declarara la infracción de derechos protegidos por la ley para poder demandar el pago de daños y perjuicios¹⁷³. La SCJN resolvió en este caso la contradicción de tesis y emitió una tesis de jurisprudencia¹⁷⁴ donde confirmó la necesidad de obtener previamente, una resolución firme de infracción por parte del IMPI, como requisito de procedibilidad para que proceda la reclamación de daños y perjuicios¹⁷⁵.

Dentro de la misma línea, en 2008 la SCJN emitió una tesis aislada en materia de derechos de autor¹⁷⁶ donde confirma que para proceda una acción de daños y perjuicios en dicha materia es necesaria una declaración de infracción previa por parte de la autoridad judicial.

¹⁷¹ Tal como se hace notar por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sentencia del Amparo en Revisión 2589/96, “las facultades de las autoridades deben estar expresamente consignadas en el texto de la Ley, pues de lo contrario se dotaría [a los juzgadores] de un poder arbitrario, incompatible con el régimen de legalidad que constitucionalmente no puede aceptarse, en virtud de que se afectaría el sistema de separación de poderes”.

¹⁷² Art. 221 LPI. “Las sanciones establecidas en esta Ley y demás disposiciones derivadas de ella se impondrán además de la indemnización que corresponda por daños y perjuicios a los afectados, en los términos de la legislación común y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente”.

¹⁷³ Según consta en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito; Tomo XVII, Marzo de 2003, pág. 1680.

¹⁷⁴ No. 13/2004

¹⁷⁵ Véase nota No. 32.

¹⁷⁶ Registro No. 169114

DERECHOS DE AUTOR. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA VÍA JURISDICCIONAL REQUIERE UNA PREVIA DECLARACIÓN POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA.

Del examen del diseño normativo de la Ley Federal del Derecho de Autor, así como de su interpretación teleológica, con base en la exposición de motivos que acompañó el Presidente de la República a la iniciativa enviada a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, el 12 de noviembre de 1996, se advierte que las disposiciones reguladoras en la materia han alcanzado un alto grado de autonomía por especialización legislativa respecto de las normas del derecho civil y del mercantil, por lo que su aplicación administrativa corresponde a órganos del Poder Ejecutivo Federal, específicamente, al Instituto Nacional del Derecho de Autor y al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. De igual manera, se arriba a la convicción de que ha sido voluntad del legislador generar un procedimiento de naturaleza administrativa por medio del cual se resuelvan las infracciones en materia de derechos de autor y de comercio, con el objeto de establecer una diferenciación entre el incumplimiento de las obligaciones administrativas, en relación con los derechos autorales y la violación de dichos derechos en su concreción patrimonial en el campo de la industria y el comercio, distinguiendo para ello entre infracciones en materia de derechos de autor, reflejadas como las atentatorias de la regulación administrativa de los derechos autorales, y las infracciones en materia de comercio, vislumbradas como aquellas que se presentan cuando existe violación de derechos a escala comercial o industrial, que por su propia naturaleza requieren de un tratamiento altamente especializado, ágil y expedito. Además, respecto de los derechos previstos en la Ley Federal del Derecho de Autor opera el mismo

Una vez que ha quedado claro que la tesis en comento limita el arbitrio judicial en materia de competencia, vale la pena retomar la discusión sobre el papel de la Cofeco como juzgador de las conductas violatorias de la LFCE. El hecho práctico es que, al incluirse en la resolución del Tribunal Colegiado una limitación al arbitrio judicial, en realidad se trata también de una limitación de las facultades de la Cofeco en su papel de juzgador de conductas violatorias a la LFCE.

En estricto sentido, el papel del poder judicial en materia de competencia es extremadamente limitado, ya que como se mencionó, los tribunales no conocen de los asuntos hasta que la decisión de la Cofeco es impugnada mediante el juicio de amparo. Ahora que se ratifica la tendencia a acercarse al derecho escrito en la materia de competencia es tiempo de cuestionarnos si debe rediseñarse el papel de la Cofeco solamente como persecutor de las conductas infractoras y no como autoridad jurisdiccional¹⁷⁷. Sería necesario asegurarse de que los tribunales dictaran las resoluciones, después de seguir un procedimiento y así volverlo más adversarial y no altamente inquisitivo como es actualmente. La plena revisión judicial también auxiliaría al sistema.

5. Comparación con otras jurisdicciones

A diferencia los países como el nuestro, de tradición romano-civilista, en donde prevalece la legislación sobre los precedentes judiciales, hay otros países en que la construcción jurídica es más jurisprudencial o de precedentes judiciales.

Por ejemplo, en Estados Unidos, el marco jurídico de la competencia económica conocida como *Anti-trust* está delimitado por leyes en donde se contienen los principios generales anti-monopolio, mismos que son complementados, en cada caso, por los precedentes emitidos por las autoridades judiciales. En dicho país, existe una verdadera delegación de facultades por parte del poder legislativo al judicial para determinar las conductas monopólicas y demás infracciones.

A diferencia de México, en donde la SCJN determinó que no hay lugar a la autonomía judicial, en Estados Unidos existe una amplia delegación de facultades por parte del poder legislativo al judicial para determinar cuando cierta conducta constituye un monopolio o práctica monopólica.

Aún a pesar de haber sido aprobada en 1980, a la fecha la *Sherman Act*¹⁷⁸ continúa siendo el estatuto más importante en donde se establecen principios en materia de competencia en Estados Unidos.¹⁷⁹, que posteriormente

principio de especialidad que rige a los derechos regulados en la Ley de la Propiedad Industrial y, por ende, la procedencia de la acción de indemnización por daños y perjuicios en la vía jurisdiccional requiere una previa declaración, en el procedimiento administrativo respectivo, por parte del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial sobre la existencia de infracciones en la materia.

Amparo directo en revisión 1121/2007. Diego Pérez García. 21 de mayo de 2008. Mayoría de tres votos. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: José Francisco Castellanos Madrazo.

¹⁷⁷ Por ejemplo, en la aplicación de la controvertida fracción VII del artículo 10, la Cofeco (antes de la reforma del 2006 y de la resolución de la SCJN de noviembre de 2003) reunía facultades de los tres poderes de la Unión. I) administrativa; con la facultad de investigar de oficio o a petición de parte; ii) legislativo, al definir el contenido de la norma en el caso concreto y iii) judicial al tener la facultad de desarrollar los procedimientos y resolver recursos (véase nota 3). Bernardo C. Ledesma Uribe y Omar Guerrero R. *Breves notas sobre la inconstitucionalidad del artículo 10 fracción VII de la Ley Federal de Competencia Económica*. Revista El Foro. Barra Mexicana de Abogados, A.C., 13ª época, Tomo XVIII No. 1. 1er semestre de 2004.

¹⁷⁸ La Ley Sherman o *Sherman Act* fue aprobada en el congreso de los Estados Unidos de América en 1890 y debe su nombre a su autor, el senador John Sherman.

¹⁷⁹ Según lo manifiestan los autores John H. Shenfield e Irwin M. Stelzer en su obra *The Antitrust Laws, A Primer*. Second Edition, p. 14.

fue complementada en algunos aspectos por la *Clayton Act*¹⁸⁰, la *Trade Comisión Act*¹⁸¹ y la *Robinson Patman Act*¹⁸². Los textos de dichas leyes son muy breves y únicamente incluyen prohibiciones generales sobre los monopolios, concentraciones y otros principios, dejando a los tribunales judiciales la definición de los mismos.

El texto de la *Sherman Act* únicamente incluye dos artículos relacionados con prácticas monopólicas¹⁸³. El artículo Primero de dicha ley prohíbe los acuerdos que restringen el comercio al señalar que “se considerará ilegal cualquier contrato, combinación en forma de consorcio o en cualquier otra forma, o conspiración, que restrinja el comercio entre los distintos Estados o con naciones extranjeras.”

Tal como se explica en la obra de Shenfield y Stelzer¹⁸⁴ respecto del artículo 1 de la *Sherman Act*, el Congreso tuvo la opción de incluir una lista específica de actividades que normalmente constituyen limitaciones al comercio, tales como fijación de precios, fijar posturas en subastas, negociación de trato y otras similares. En su lugar, el Congreso eligió prohibir la limitaciones al comercio en general en una disposición que sería desarrollada y aplicada por las Cortes.¹⁸⁵

Por otro lado, el artículo 2 de la *Sherman Act*¹⁸⁶ prohíbe los abusos a los monopolios, al especificar que se considerará culpable de un delito a cualquier persona que monopolice o intente monopolizar, o combine o conspire con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier aspecto del comercio entre los distintos Estados o con naciones extranjeras. Una vez más, el Congreso omitió proveer una lista de conductas objetables, sino que prefirió el lenguaje general, dejando a los jueces la tarea de elaborar principios aplicables a casos específicos¹⁸⁷. Las generalidades de estas disposiciones se resumieron en la resolución del caso *Northern Pacific Railway v. U.S.*¹⁸⁸, señalando que el lenguaje de la ley será de *carácter comprensivo*, es decir, que el lenguaje de la *Sherman Act* es

¹⁸⁰ Promulgada en 1914. Conforme a la descripción de Ernest Gellhorn y William E. Kovacic en su obra *Antitrust Law and Economics in a nutshell* Gellhorn, Fourth Edition, St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1994. P 29, la *Clayton Act* declara que las siguientes prácticas serán infracciones (mas no delitos): i) discriminación de precios, ii) contratos de exclusividad y ventas atadas; iii) fusiones y iv) mismos miembros de consejo en empresas competidoras.

¹⁸¹ La *Federal Trade Commission Act*, también promulgada en 1914, establece que serán ilícitos los métodos de competencia desleal, así como actos desleales o prácticas que afecten el comercio. 15 U.S.C.A. §45.

¹⁸² Las leyes sustantivas en materia de competencia en los Estados Unidos fueron promulgadas en los siguientes años: 1890 (*the Sherman Act*), 1914 (*Clayton and Federal Trade Commission Acts*), 1936 (*the Robinson-Patman Act*), y en 1950 (*Cellar-Kefauver Act*). Hovenkamp, Herbert *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. Harvard University Press Cambridge Massachusetts, London England, 2005.

¹⁸³ “Section 1, Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal...”

¹⁸⁴ Véase nota 41.

¹⁸⁵ “Congress had the choice of prohibiting a laundry list of specific activities that frequently constitute restraints of trade such as price-fixing, bid-rigging, refusals to deal, ante the like. Instead, it chose to proscribe restraints generally, in a provision of sweeping scope, to be developed and applied by the courts in specific case.” Véase nota 41.

¹⁸⁶ “Section 2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony [. . .].”

¹⁸⁷ Véase nota 41 p. 17 “As with Section 1, Congress did not provide a list of objectionable acts or conduct. It preferred, instead, the sweep of general language, leaving it to lawyers and judges to elaborate the general principles in specific cases”.

¹⁸⁸ *Northern Pacific Railway v. US* 326 U.S. 1,5 (1958). *The Sherman act was designed to be a comprehensive character of economic liberty aimed at preserving free and unfettered competition as the rule of trade. It rests on the premise that the unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, at the lowest prices, of the highest quality and the greatest material progress, while at the same time providing and environment conducive to the preservation of our democratic, political and social institutions.*

simple y general, en tanto su ámbito de aplicación estará únicamente limitado por la lógica y autodisciplina de los jueces que la interpretan¹⁸⁹.

Según comentan Ernest Gellhorn y William E. Kovacic,¹⁹⁰ el Congreso diseñó las disposiciones de los ordenamientos anti-monopolios en términos generales, otorgando a los jueces federales un rol importante al definir las prohibiciones estatutarias. Por ejemplo, en el caso *Sugar Institute v. United States* (1936), la Suprema Corte hizo énfasis sobre el papel de la autoridad judicial en la materia de competencia al mencionar que la *Sherman Act*, es general y sujeta a adaptación de forma comparable a las disposiciones constitucionales¹⁹¹. Aunque se ha señalado que la interpretación en *Sugar Institute* exagera la delegación de facultades interpretativas a los jueces federales, ningún esquema de regulación económica federal otorga un grado de discrecionalidad comparable para determinar el resultado de litigios a través de órdenes legislativos: “El Congreso hizo una elección clara acerca de la implementación de sus órdenes y políticas de competencia. La norma no especificó en detalle las conductas prohibidas; en cambio, el Congreso otorgó a los tribunales federales una nueva jurisdicción: los jueces federales crearían una legislación común de competencia federal...”¹⁹²

La legislación estadounidense, al igual que la mexicana, tiene como objeto el eliminar las barreras a la competencia y a la libre concurrencia. La diferencia fundamental es que la *Sherman Act* y su contexto constituyen sólo un paquete de categorías generales en donde se incluyen los objetivos de la ley y demás requisitos procedimentales. Toca a los jueces especificar los principios generales. Así, se da paso a un sistema más dinámico, ya que la legislación va evolucionando en la medida en que los jueces emiten sus resoluciones¹⁹³. Esto se reitera por varios doctrinarios en los Estados Unidos como Ernest Gellhorn y William E. Kovacic, quienes explican la dinámica reflejada por el lenguaje general de la *Sherman Act*, señalando que el Congreso otorgó a las Cortes de dicho país una nueva jurisdicción para crear una legislación en materia de competencia¹⁹⁴.

Tal como Herbert Hovenkamp señala,¹⁹⁵ al aprobar la *Sherman Act*, el Congreso de los Estados Unidos optó por un sistema en el que la legislación sustantiva únicamente incluye términos generales como “competencia” o “monopolio”, dejando enteramente la interpretación de los mismos a las jueces federales, sin lineamientos para su

¹⁸⁹ Véase nota 41. P.18

¹⁹⁰ Gellhorn, Ernest and Kovacic, William. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. Fourth Edition, St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1994. P. 30 “*Congress made a clear, momentous choice about implementing its competition policy commands. The statute did not specify prohibited conduct in detail. Rather, Congress gave federal courts a new jurisdiction: federal judges were to create a common law of federal antitrust ...*”

¹⁹⁰ Hovenkamp, Herbert *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution* p. 30. Véase nota 43.

¹⁹¹ Thomas C. Arthur, *Workable Antitrust Law: The Statutory Approach to Antitrust*. 62 Tulane L. Rev. 1163, 1171-75 (1988).

¹⁹² Véase nota 52.

¹⁹³ Son especialmente importantes las opiniones de los siguientes jueces: Justice Rufus Wheeler Peckham, autor de una de las primeras opiniones en la materia; Justice William Howard Taft; Justice Oliver Wendell Holmes; Justice Charles Evans Hughes, quien estableció los lineamientos para las prácticas monopólicas relativas o verticales; Chief Justice Edward Douglass White, quien es autor de la famosa opinión en el caso *Standard Oil v. American Tobacco* y Justice Louis Dembitz Brandeis. Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox* The free press, a division of Mcmillan, Inc. 1978.

¹⁹⁴ Gellhorn, Ernest and Kovacic, William. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. Fourth Edition, St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1994. *Congress made a clear, momentous choice about implementing its competition policy commands. The statute did not specify prohibited conduct in detail. Rather, Congress gave federal courts a new jurisdiction: federal judges were to create a common law of federal antitrust ...*

¹⁹⁵ Hovenkamp, Herbert *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. Harvard University Press Cambridge Massachusetts, London England, 2005 p. 43.

interpretación¹⁹⁶. Así, las cortes pueden crear una legislación común *-common law-* más flexible en materia de competencia.

La *Sherman Act* concede una amplia discrecionalidad a las cortes para emitir reglas subsidiarias con objeto de determinar si una conducta es monopólica o no¹⁹⁷. Según Robert H Bork¹⁹⁸, el senador Edmunds, quien propuso el lenguaje final de la ley, expresó dicha ley estaba evidentemente diseñada para proteger el flujo de comercio; el Congreso estadounidense sabía que estaba delegando un amplio poder para la creación de normas. Bork manifiesta que el mismo senador Edmunds, estaba consciente de ello desde el momento de explicar el artículo Primero de la misma, sosteniendo entonces que serían las cortes quienes tendrían a su cargo la tarea de distinguir entre actos lícitos por crear eficiencia en el mercado y aquellos que no lo son porque lo restringen.¹⁹⁹

Así la *Sherman Act* deja abierta la puerta a los jueces para crear reglas o sistemas para determinar si una conducta constituye una práctica monopólica relativa, lo que se conoce como la *rule of reason*. Por ejemplo, de una interpretación literal del lenguaje de la ley parecería que se prohíben todos aquellos contratos o acciones colectivas que tengan el efecto de restringir el comercio, independientemente del efecto en la competencia o el bienestar económico.

La Suprema Corte, a través del Ministro (*Chief Justice*) White, resolvió el problema al momento de emitir su fallo en el caso *Standard Oil* en donde interpretó el mencionado artículo Primero como solamente la prohibición de limitaciones al comercio y competencia que sean irracionales o carentes de razón de negocios válida. De igual forma, el Ministro White establece un sistema de interpretación de la *Sherman Act* con objeto de determinar si las acciones que restrinjan la competencia eran razonables o no a través de una *rule of reason*²⁰⁰. Dicho sistema prevé un modo de análisis basado en dos categorías principales: i) actos que son ilícitos por sí mismos, en cuyo caso únicamente es necesario demostrar que se llevaron a cabo, sin necesidad de probar otros elementos o ii), actos cuya ilicitud dependerá del análisis de elementos adicionales en cada caso, como el efecto que tuvieron dichos actos en el mercado en cuestión.

6. Conclusión

La tesis de responsabilidad civil que se analiza en este acto es de importancia fundamental al determinar el tipo de sistema imperante en México cuando se trata de infracciones en materia de competencia, confirmando que se trata de un sistema escrito más que de precedentes judiciales.

¹⁹⁶ Ver Nota 56. P. 43 y 44 "But Congress picked economic words and chose not to tie its own idiosyncratic meanings to them... the glossary never defines such terms as "competition" or "monopoly" in a statute that repeatedly condemns practices whose effect "may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly". The interpretation of these terms was left entirely up to the courts with no guidance from the statutory language.

¹⁹⁷ Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox*. The Free Press, a division of McMillan, Inc. 1978. P. 20 "The statute was intended to strike at cartels, horizontal mergers of monopolistic proportions, and predatory business tactics. Wide discretion was delegated to the courts to frame subsidiary rules...

¹⁹⁸ Véase nota No. 50. p.63.

¹⁹⁹ "The first section, being a remedial statute, would be construed liberally, with a view to promote its object... [the courts] will distinguish between lawful combinations in aid of production and unlawful combinations to prevent competition and in restraint of trade". He could hardly have said more clearly that his statute would delegat to the courts the task of distinguishing between combinations that are lawful because they create efficiency and those that are unlawful because they restrict output."

²⁰⁰ The...form of analysis to determine whether a trade restraint is unreasonable is the so-called rule of reason.. antitrust analysis requires a weighing of the relevant circumstances to decide whether, on balance the conduct is precompetitive or anticompetitive. Shenfield & Stelzer *The Antitrust Laws. A Primer*. Véase nota 41.

Al momento de su promulgación en 1992, la LFCE parecía haber optado por un sistema de normas escritas para la determinación de conductas ilícitas; sin embargo, la fracción VII del artículo 10 se distanciaba de los lineamientos planteados por el mismo artículo 28 constitucional al que reglamentaba, ya que incluía una norma general que facultaba a la Cofeco para determinar las prácticas monopólicas relativas²⁰¹. En virtud de la falta de certeza y previsibilidad, la fracción mencionada fue declarada inconstitucional por la SCJN.

Posteriormente (3 años después), de la declaración de inconstitucionalidad de la fracción VII del artículo 10 de la LFCE le siguió un procedimiento civil, en el que se invocaron los mismos hechos objeto de la absolución, soslayando los principios del artículo 38 de la LFCE. El procedimiento civil se basaba en determinar la posibilidad de que el artículo 28 constitucional fuera el fundamento para solicitar daños y perjuicios bajo la teoría de una violación directa a la misma, por encima de la legislación secundaria: la LFCE. Con esto se intentaba evitar la aplicación directa de las resoluciones firmes existentes en los procedimientos administrativos ante Cofeco.

Como resultado del mencionado procedimiento civil, se emitió la tesis en materia de responsabilidad civil materia de este artículo, en la que se estableció que el artículo 28 constitucional sólo contiene preceptos generales, que deberán de ser reglamentados en la LFCE. Con esta tesis se remite a la LFCE y no a la Constitución para determinar el ilícito por el que el actor demanda daños y perjuicios, y ratifica que nuestro país ha optado por alejarse del sistema de Estados Unidos y otras jurisdicciones en donde los jueces cuentan con facultades discrecionales para determinar las conductas monopólicas.

Finalmente, conforme a la estructura actual, la discusión sobre la delegación de facultades al poder judicial es lejana, ya que las controversias en la materia no se resuelven por jueces, sino por una autoridad administrativa. Esta tesis permite reevaluar si la Cofeco debe ser el persecutor y juzgador de este tipo de conductas o debe ser un Juzgado de Distrito, –previa reforma constitucional, estructural, capacitación y cambio de sistema-, quien conozca este tipo de asuntos.

²⁰¹ La fracción VII del entonces Artículo 10 de la LFCE señalaba como práctica monopólica relativa “En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios”.

Enseñanzas del caso *American Needle v. NFL* para la Competencia Económica en México
Miguel Flores Bernés y José Abel Rivera Pedroza²⁰²

En mayo de 2010, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos resolvió por unanimidad el caso *American Needle, Inc., v. National Football League, et al.,*. Se trata de un asunto relevante debido a que abordó diversos temas complejos que tiene que ver con las sociedades y/o asociaciones que se constituyen entre competidores para llevar a cabo una función de aparente cooperación. Como adelante se referirá muchas veces se ha señalado que las sociedades o asociaciones entre competidores pueden generar eficiencias, por ejemplo cuando se unen para compartir un recurso esencial o desarrollar una investigación que de otra forma no podría llevarse a cabo. En el caso que analizamos, la Suprema Corte de Justicia revisó la legalidad de la creación de un ente corporativo por parte de los 32 equipos de la NFL cuyo objeto era licenciar los derechos de propiedad intelectual de cada uno de los equipos.

Análisis del caso en los EU

El antecedente se remonta al año 2000, cuando *American Needle* presentó una demanda en contra de la *National Football League (NFL)*, los 32 equipos de la liga, la empresa *National Football League Properties (NFLP)* y la empresa de equipos deportivos *Reebok International Ltd (Reebok)*, argumentando que los acuerdos entre los demandados violaban las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act*²⁰³ (en adelante me referiré únicamente a la sección 1 o 2, según corresponda).

²⁰² Lic. Miguel Flores Bernés y Lic. José Abel Rivera Pedroza: Comisionado y abogado del equipo del Comisionado Miguel Flores Bernés en la Comisión Federal de Competencia

Las opiniones contenidas en este documento sólo reflejan las opiniones personales de los autores y no de la Comisión Federal de Competencia. Se agradece la colaboración del Mtro. Luis Guillermo Ramírez Pérez en la revisión de este documento.

²⁰³ "§ 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court."

[Se declara ilegal todo contrato, combinación ya sea bajo la forma de un *trust*, o de cualquiera otra manera-, o una conspiración que restrinja el comercio entre los distintos Estados o con naciones extranjeras. Toda persona que celebre cualquier contrato o participe en una combinación o en una conspiración que sea declarada como ilegal bajo estos términos, será considerada culpable de la comisión de un delito grave y, por lo tanto, será castigada con una multa que no excederá la cantidad de \$100,000,000 en el caso de personas morales, o de \$1,000,000, en el caso de personas físicas, o con una pena de prisión no mayor de 10 años, o ambas sanciones a discreción del tribunal.]

"§ 2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court."

[Toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o se una o conspire con cualquier otra persona o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio entre los diferentes Estados o con naciones extranjeras, será considerada culpable de la comisión de un delito grave y, por lo tanto, será castigada con una multa que no excederá la cantidad de \$100,000,000 en el caso de personas morales, o de \$1,000,000, en el caso de personas físicas, o con una pena de prisión no mayor de 10 años, o ambas sanciones a discreción del tribunal.]

La NFL se constituye en 1920 como una asociación²⁰⁴ que incluye 32 equipos de football americano profesional. Cada equipo tiene personalidad jurídica propia, nombre, colores, insignias, logo, y es dueño de sus derechos de propiedad intelectual. Antes de 1963, los equipos negociaban por separado sus contratos para licenciar sus derechos de propiedad intelectual y poner en el mercado sus productos con sus marcas (gorras, camisetas, etc.). En 1963, los equipos constituyeron la National Football League Properties (NFLP) para licenciar sus derechos de propiedad intelectual de forma coordinada.

Entre 1963 y 2000, la NFLP otorgó licencias no exclusivas a un gran número de empresas, permitiéndoles manufacturar y vender ropa que portaba las insignias de los equipos. El demandante, American Needle Inc., fue uno de esos licenciatarios. En diciembre de 2000, los equipos acordaron autorizar a la NFLP para que otorgara una licencia exclusiva por 10 años a Reebok, para fabricar y vender ropa con las marcas de los 32 equipos; en consecuencia, a American Needle no le fue renovada la licencia.

Los demandados alegaron -en su defensa- que los 32 equipos, la NFL y NFLP no podían conspirar, en el sentido al que alude la sección 1, debido a que eran una misma entidad (single entity o single economic enterprise). Este concepto de single entity o single economic enterprise es muy cercano a lo que conocemos en Derecho Mexicano como un solo "agente económico", que bien podría configurar un "grupo de interés económico" aunque no necesariamente.

La primera instancia - Corte de Distrito- aceptó este argumento y consideró que la NFL y los 32 equipos habían integrado sus operaciones de tal forma que se les debía ver como una misma entidad cooperando por un propósito común, y no como un joint venture creado entre competidores²⁰⁵. Resaltemos la importancia de esta decisión: si eran una misma entidad entonces su unión no podría ser considerada un acuerdo entre competidores para restringir el comercio (fijar precios, restringir abasto o segmentar mercados) y por tanto no sería ilegal; por el contrario, si se trataba de un joint venture habría que analizar su validez legal en razón de la eficiencia que creara en el mercado. La segunda instancia -Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito- confirmó la decisión, señalando que, en algunos casos, una liga deportiva es más propicia a describirse como una misma entidad inmune del escrutinio del Derecho de la Competencia, mientras que en otros casos, la liga aparece como un joint venture entre equipos independientes sujetos a la sección 1. La Corte de Apelaciones sostuvo que para determinar la existencia de una misma entidad, los tribunales deben examinar si la conducta priva al mercado de fuentes independientes de control económico que se asumen en un mercado en competencia, pero desestimó la importancia de la competencia potencial entre los equipos en relación al uso de sus derechos de propiedad intelectual bajo el argumento de que "pueden funcionar como una única unidad de poder económico cuando colectivamente producen el football de la NFL"²⁰⁶.

La Corte de Apelaciones consideró que el football americano sólo podía producirse de manera conjunta²⁰⁷ y que "los equipos de la NFL tienen un interés económico vital en promover colectivamente el football de la NFL, pues compiten con otras formas de entretenimiento"²⁰⁸, de aquí que cada equipo tuviera la facultad, si no la "responsabilidad", de promover el football americano de la NFL. También se tomó en cuenta que los equipos de la NFL habían licenciado colectivamente sus derechos de propiedad intelectual desde 1963; y, en base a estos argumentos se sostuvo que la sección 1 no era aplicable a la conducta analizada, fallando a favor de los demandados. De esta forma, la Corte de Apelaciones decidió que no se estaba en presencia de un acuerdo colusivo

²⁰⁴ Exactamente se trata de una "unincorporated association", que de acuerdo con el *Black's Law Dictionary* "it's not a legal entity separate from the persons who compose it".

²⁰⁵ Verlos como competidores facilitaba el camino para considerar ilegal el acuerdo, como lo señaló después la Suprema Corte.

²⁰⁶ *American Needle, Inc., v. National Football League, et al.* 560 U. S. (2010), p. 3. Disponible en <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-661.pdf>

²⁰⁷ La Corte de Apelaciones señaló irónicamente que "un solo equipo de football puede producir un juego de football, mismo que gana cuando el equipo juega contra sí mismo", enfatizando su argumento de que es indispensable la cooperación entre los equipos para producir el foot-ball de la liga. *American Needle, Inc., v. National Football League, et al.* 560 U. S. (2010), p. 3.

²⁰⁸ *Idem*.

entre competidores, sino de una concentración válida y necesaria para competir con otras formas de entretenimiento.

No obstante, por su relevancia el caso llegó hasta la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, quien tuvo que analizar si los demandados podrían incurrir en un “contrato, combinación...o conspiración” en el sentido que alude y prohíbe la sección 1; esto es, si debía considerarse o no, que la conducta la llevaba a cabo una misma entidad para los propósitos de la citada sección.

La Suprema Corte señaló que las licencias otorgadas por la NFL constituían “acciones concertadas” y que no era claro que se encontraran prima facie fuera de la sección 1, por lo que consideró que la legalidad de esa acción concertada debía ser analizada bajo la regla de la razón²⁰⁹.

No obstante, la Suprema Corte rechazó una interpretación literal de la sección 1, señalando que “todo contrato, combinación...o conspiración” no podría abarcar cualquier acuerdo concebible, pues si así fuera entonces incluiría tanto un acuerdo entre un grupo de empresas competidoras fijando precios, como la acción del director de una compañía instruyendo a su empleado los precios de los productos. Así, aunque la sección 1 dijera: “todos los contratos privados” no sería ésta la interpretación correcta²¹⁰.

Entonces, el significado del término “contrato, combinación...conspiración” estaría basado en la diferencia existente entre “acción concertada” y “acción independiente”, que distingue precisamente a la sección 1 de la 2 de la Sherman Act. La primera sección aplica sólo a acciones concertadas que restringen el comercio, en cambio, la sección 2 cubre ambas acciones: la concertada y la independiente, pero sólo si esas acciones “monopolizan” o “amenazan con monopolizar”. Así, en la sección 1 importa el acuerdo para restringir el comercio, sin que sea relevante la posibilidad de llegar al monopolio; en cambio, en la sección 2 lo relevante no es el acuerdo colusivo, pues la violación se puede configurar también mediante una conducta unilateral, lo relevante en esta sección es la búsqueda por parte del agente económico -o agentes en colusión- del monopolio, es decir, el pretender “monopolizar”.

Así, en este caso se trata de dilucidar si existía dicha colusión. Se debe mencionar que la Suprema Corte mantuvo una separación de la doctrina conocida como intra-enterprise conspiracy doctrine, que inicia con el caso *Yellow Cab, Co.* y concluye con el caso *Copperfeld*. En *Yellow Cab*, se estableció que una empresa sí podía ser sancionada bajo la sección 1, cuando se realizaban acuerdos entre empresas que tenían un propietario común. En cambio en *Copperfeld* se extingue esa teoría, al señalarse que no era posible que una empresa matriz llegara a acuerdos contrarios a la sección 1 de la Sherman Act cuando se tratara de acuerdos entre ésta y una subsidiaria, pues existe entre ellas una “completa unidad de intereses económicos” aunque tuvieran las empresas personalidad jurídica distinta²¹¹.

²⁰⁹ La formulación de la *rule of reason* viene desde el caso *Chicago Board of Trade v. United States*: “El verdadero test de legalidad consiste en si la restricción impuesta es tal, que únicamente restringe y quizá de ese modo promueve la competencia, o si es tal que puede suprimir o incluso destruir la competencia. Para determinar dicha cuestión la Corte puede considerar las circunstancias particulares de los negocios a los que las restricciones son aplicadas; sus condiciones antes y después de que la restricción es aplicada; la naturaleza de la restricción, y sus efectos actuales o probables. La historia de la restricción, el mal que se cree que existe, la racionalidad para adoptar ese remedio en particular, el propósito o fin que se busca conseguir, son todos hechos relevantes. Esto no se debe a que una buena intención salvará de una u otra manera a la restricción objetable o la eche para atrás, sino porque el conocimiento del propósito puede ayudar a la Corte a interpretar hechos y a predecir consecuencias.”Cfr. *American Needle, Inc., v. National Football League*, p. 18 y 19.

²¹⁰ Citando el caso *Chicago Board of Trade v. United States* la Corte estableció que el término “restricción al comercio” de la sección 1 de la *Sherman Act* no puede referirse a cualquier restricción a la competencia porque “todo acuerdo que involucra al comercio, cualquier regulación comercial, lo restringe. Obligar, restringir, es la esencia. No cualquier acuerdo de cooperación entre dos personas es un potencial “contrato, combinación o conspiración, que restrinja el comercio”. Cfr. *American Needle, Inc., v. National Football League*, p. 4.

²¹¹ La *intraenterprise conspiracy doctrine* tiene sus raíces en varios casos resueltos por la Suprema Corte. Por ejemplo en el caso *United States v. Yellow Cab Co.*, la Corte estimó que las relaciones corporativas no son determinantes de la aplicabilidad de la *Sherman Act*, ya que la ley tiene un objetivo de fondo más que de forma. Sin embargo, -y en esto radica la doctrina- también se sostuvo que la cooperación entre entidades con personalidad jurídica distinta estaba *necesariamente* cubierta bajo la sección 1 de la *Sherman Act* porque una restricción no razonable al

La influencia de este caso se llegó a ampliar no sólo a subsidiarias, sino a casos donde existían empresas afiliadas pero en las que no se tenía la propiedad total de las acciones.²¹²

De cualquier forma, la Suprema Corte estimó que para determinar la existencia de una acción concertada o colusiva era necesario tomar en cuenta la esencia de la acción (substance) y no la forma, para poder determinar si una entidad es capaz de conspirar en el sentido al que alude la sección 1. Así, no basta con que se encontraran involucradas entidades con personalidad jurídica distinta, había que atender a su comportamiento real en cada caso.

Para la Suprema Corte, la pregunta central se tornó en resolver si el “contrato, combinación o conspiración” entre agentes económicos con intereses diversos privaba al mercado de centros de toma de decisiones independientes, y en consecuencia, de competencia potencial. Al respecto, la Corte señaló que los acuerdos intra-firma no constituyen una acción concertada o colusiva; así como tampoco aquellos entre controladora y subsidiaria, ya que tienen intereses comunes ya sea para la firma o para el grupo y que:

“Dado que se analiza la realidad competitiva, no resulta determinante que dos partes sean entidades con personalidad jurídica distinta para que se actualice una posible violación a la sección 1. Tampoco será determinante que se hayan organizado bajo una misma estructura o en un joint venture. La cuestión es si el acuerdo unifica centros de toma de decisión independientes. Si es así, las entidades son capaces de conspirar en el sentido al que alude la sección 1 y la Corte debe decidir si la restricción al comercio es o no razonable y entonces ilegal o no. (...)”²¹³

No es la primera vez que la Suprema Corte resuelve que agentes económicos que forman una nueva persona jurídica pueden violar la sección 1 cuando ésta es controlada por competidores y sirve como vehículo para concertar

comercio puede resultar tanto de una conspiración entre aquellos quienes están integrados bajo propiedad común, o de una conspiración entre independientes. El declinamiento de esta doctrina comienza en *Sunkist Growers, Inc. v. Winckler & Smith Citrus Products Coen*: varias cooperativas agrícolas propiedad de los mismos granjeros fueron demandadas por violaciones a la sección 1. La Suprema Corte sostuvo que las tres cooperativas eran, para efectos prácticos, una “organización”, aunque los granjeros que controlaban el grupo estuviesen formalmente organizados así mismos en tres entidades con personalidad jurídica distinta. Sostener lo contrario, explicó la Corte, sería imponer graves consecuencias legales sobre distinciones organizacionales que tienen un significado y efecto *de minimis*, en la medida en que el uso de corporaciones separadas no tiene ningún significado económico. Después, en el caso *United States v. Citizens & Southern Nat. Bank*, el banco *Citizens and Southern* (C&S) funcionaba como controladora que operaba *de facto* sucursales bancarias suburbanas en el área de Atlanta. C&S era propietaria de la máxima cantidad de acciones permitida legalmente de cada sucursal suburbana. La titularidad de las acciones restantes se encontraba en manos de accionistas afines a C&S. Estos bancos pequeños usaban el logo de C&S y todos sus servicios bancarios. El gobierno desafió en los tribunales la cooperación entre los bancos y la Corte estimó que “las relaciones intercorporativas no eran determinantes”, tomando en cuenta la sustancia económica, asimismo estimó que ya que los bancos socios no se veían como competidores, la sección 1 no los obligaba a competir. Finalmente, la Corte examinó esta doctrina en *Copperweld v. Independence Tube*, y concluyó que ésta era inconsistente con “la distinción básica entre *concerted and independent action*”. Consideró que era perfectamente claro que un acuerdo intrafirma tenía como objetivo implementar una política única y no surgen los daños a la competencia. La Corte sostuvo que una corporación y su subsidiaria eran incapaces de conspirar entre sí para los propósitos de la sección 1. Explicó que aunque la corporación y su subsidiaria tienen personalidad jurídica distinta para propósitos de su constitución legal, estaban controladas por un único centro de toma de decisiones que constituía una “única agregación de poder económico”. La conducta no privaba al mercado de centros de toma de decisiones independientes y como resultado, un acuerdo entre ellos no constituía un “contrato, combinación ...o conspiración” sancionado por la sección 1 de la *Sherman Act*. Cfr. *American Needle, Inc., v. National Football League*, p. 8 y 9.

²¹² Ver Gunderson, John. “THE INTRA-ENTERPRISE CONSPIRACY DOCTRINE IN AMERICAN NEEDLE INC. V. NATIONAL FOOTBALL LEAGUE: ANTITRUST LAW CONTINUES ITS PATH TOWARD RATIONALITY” Seven Circuit Review, Volume Four, Issue 1, September 2008. Visible en <http://www.kentlaw.edu/7cr/v4-1/gunderson.pdf> (29 de junio de 2010).

²¹³ El texto en inglés fue: “*Because the inquiry is one of competitive reality, it is not determinative that two parties to an alleged §1 violation are legally distinct entities. Nor, however, is it determinative that two legally distinct entities have organized themselves under a single umbrella or into a structured joint venture. The question is whether the agreement joins together “independent centers of decisionmaking.” (...) If it does, the entities are capable of conspiring under §1, and the court must decide whether the restraint of trade is an unreasonable and therefore illegal one.* (...)” Cfr. *American Needle, Inc., v. National Football League*, p. 11.

actividades.²¹⁴ De hecho, la Suprema Corte invocó el caso *United States v. Sealy, Inc.* en el que un grupo de fabricantes de colchones operaba y controlaba Sealy Inc., una compañía que licenciaba la marca Sealy a los fabricantes, y definía las áreas geográficas en las que cada uno podía operar. El gobierno alegó en ese caso, que los licenciarios y Sealy estaban conspirando en transgresión a la sección 1, y la Suprema Corte aceptó el argumento, enfocándose en la identidad de las personas que actuaban, más que “en la etiqueta que portaban en sus sombreros”. En ese caso, la Suprema Corte sostuvo que Sealy no era una “entidad separada” (separate entity), sino un instrumento al servicio de los fabricantes individuales (instrumentality), que eran competidores.

En este tenor, la Suprema Corte consideró que a los 32 equipos y la NFL no se les podía considerar un único centro de toma de decisiones, pues:

- cada equipo opera y administra su negocio de manera independiente, y además es de propiedad independiente;
- sus actividades corporativas se encuentran guiadas o determinadas por centros de toma de decisiones independientes, y sus objetivos no son comunes;
- los equipos compiten entre sí, no sólo en el campo de juego, sino también para atraer seguidores, ingresos y personal directivo y deportivo.

Más importante para este caso, señaló la Suprema Corte, es que los equipos competían en el terreno de la propiedad intelectual, pues sus marcas son insumos que están en el mercado para los fabricantes de ropa deportiva. La Corte ejemplificó resaltando que la marca de los “Colts” compite con la de los “Saints”. Cuando cada equipo licencia su propiedad intelectual no busca el interés común de la NFL, sino que persigue intereses propios. Las decisiones de los equipos de la NFL respecto a licenciar sus marcas de manera colectiva y de manera exclusiva sólo a una firma, son entonces decisiones que privan al mercado de centros de toma de decisiones independientes, y por eso de competencia actual o potencial²¹⁵

La Suprema Corte también estimó que el hecho de que los equipos hayan creado una entidad con personalidad jurídica propia que centralizara la administración de su propiedad intelectual, no era determinante, debido a que la conducta no podía dejar de ser violatoria de la ley porque se intentara etiquetar la violación con un nombre, pues entonces cada acuerdo y combinación que restrinja el comercio pretendería ser eximida con sólo etiquetar su conducta. Enfatizó que desde un análisis funcionalista no podía sostenerse que los 32 equipos operaran como una misma entidad, pues aunque había intereses comunes, cada equipo era una entidad que maximizaba sus beneficios de manera independiente. La Suprema Corte sostuvo que:

“(...) los intereses comunes sobre la marca NFL sólo unificaban parcialmente el interés económico de las firmas, (...) pero los equipos aún tienen intereses diferentes, y potencialmente competitivos. (...)”²¹⁶

La necesidad de una cooperación fue expuesta como defensa por la NFL. Pero, si bien la Suprema Corte reconoció que era necesario cierto grado de cooperación entre los equipos, rechazó que su justificación fuera relevante, pues “un contrato, combinación o conspiración que es necesaria o útil en un joint venture es aún un “contrato, combinación o conspiración”, si priva al mercado de centros de toma de decisión independientes”²¹⁷. Respecto a los joint ventures señaló que “no se encuentran sustraídos de la aplicación de las leyes de competencia. Cualquier joint venture implica múltiples fuentes de poder económico cooperando para producir algo. Y para muchos joint

²¹⁴ *FTC v. Indiana Federation of Dentists; Arizona v. Maricopa County Medical Soc.*; *National Soc. of Professional Engineers v. United States; Goldfarb v. Virginia State Bar.*

²¹⁵ Cfr. *American Needle, Inc., v. National Football League*, p. 12.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 13.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 14.

ventures, la participación de otros es necesaria. Pero ello no significa que la necesidad de cooperación transforme la acción concertada en acción independiente”²¹⁸

En una acertada referencia, la Suprema Corte señaló que no puede considerarse que “una vez que un grupo de firmas acuerdan producir un producto de manera conjunta, la cooperación entre esas firmas deba ser tratada como una conducta independiente. El simple hecho de que operen de manera conjunta en algún sentido no significa que tengan inmunidad de las leyes de competencia (...)”²¹⁹

La Suprema Corte sostuvo que era evidente que la conducta de los 32 equipos, y de la NFLP se encontraba sujeta a la sección 1, al menos en lo relativo a la comercialización de su propiedad intelectual:

“(...) Las decisiones sobre las licencias de la NFLP son realizadas por 32 potenciales competidores, y cada uno de ellos en realidad es titular de los activos manejados de manera conjunta. (...) Además de sus acuerdos para cooperar en la explotación de esos activos, incluyendo tanto sus decisiones como las de NFLP, no habría nada que impidiera a cada equipo tomar sus propias decisiones de comercialización (...)”²²⁰

Como se mencionó antes, la Suprema Corte había tratado los acuerdos intra-firma como acciones independientes bajo la presunción de que los componentes de una firma actuarán para maximizar los beneficios de la misma. Sin embargo, en esta ocasión distinguió:

“(...) los acuerdos intra-firma pueden constituir acciones concertadas cubiertas por la sección 1, cuando las partes del acuerdo actúan motivadas por intereses distintos de aquellos de la empresa en su conjunto, y los acuerdos intra-firma pueden ser simplemente un cascarón formal para llevar a cabo acciones colusivas (...)”²²¹.

La Corte no reconoció entonces que la NFLP y los 32 equipos fueran una entidad única, pero argumentó que aun suponiendo que lo fueran, el ente podía ser sólo un “cascarón” si las partes concertaban sus acciones guiadas por intereses diferentes entre sí:

“(...) 32 equipos independientes operando través del vehículo de la NFLP no son como componentes de una sola empresa que actúan para maximizar las utilidades de la misma. Los equipos están siendo controlados de forma separada y son competidores potenciales con intereses económicos distintos al bienestar financiero de la NFLP. A diferencia de las normales determinaciones de los accionistas de una sociedad, las decisiones sobre las licencias por parte de la NFLP requieren la aprobación de más de una simple mayoría de los accionistas. La decisión de cada equipo refleja no sólo el interés en los beneficios de la NFL sino también los beneficios de cada equipo en lo individual. Los 32 equipos captan utilidades por separado y son diferentes de las utilidades de la NFLP, como resultado de las decisiones que ellos hacen por la NFLP. Las decisiones de la NFLP respecto a las licencias de propiedad intelectual de los equipos afectan los beneficios de cada equipo. Aunque el interés de negocio de los equipos frecuentemente coincidirá con aquellos de la NFLP como una entidad en sí misma, esa comunidad de intereses existe en todos los carteles. Al tomar las decisiones sobre las licencias, la NFLP es por eso un instrumento al servicio de los equipos.”²²²

El tema de la cooperación necesaria para que opere la NFL –y, para el caso cualquier liga deportiva- impuso a la Suprema Corte la necesidad de señalar que las leyes de competencia no pretenden acotar a los equipos de football,

²¹⁸ *Ídem*.

²¹⁹ Cfr. *American Needle, Inc., v. National Football League*, p. 15.

²²⁰ *Ídem*

²²¹ *Ibidem*, p. 16

²²² *Ibidem*, p. 16 y 17.

pues se reconoce la necesidad de llegar a algunos acuerdos justificados por las características de la industria. No obstante, enfatizó que la cooperación no podía tolerarse al grado de licenciar de manera conjunta las marcas de los equipos.

Breve referencia a casos similares en Europa y España

Previo a analizar los casos en México, considero relevante hacer notar que en la Unión Europea y España estos temas también han sido analizados. El debate de la sentencia de Copperfeld se ha dado de forma muy similar, ya que la sentencia Viho-Parker (1996) señaló que la falta de autonomía de una filial podría ser suficiente para la inaplicación de las leyes de competencia, aunque hay una sentencia más antigua (Centrafarm) en la que se señaló que para que los acuerdos entre entidades integradas en un grupo no puedan ser consideradas acuerdos colusivos se requiere que estos tengan por finalidad exclusiva la ordenación de las tareas internas del mismo.²²³

En España aparentemente se han adoptado los criterios europeos y los criterios emanados de sentencias de los Estados Unidos, ante la presencia de un grupo se ha considerado que se está ante un “centro autónomo de decisión” en el que las filiales “diluyen” su voluntad de tomar decisiones y, por lo tanto, no toman decisiones por sí mismas. Aunque los tratadistas critican una postura formalista y abogan precisamente por un criterio que analice la función (como lo hace la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el caso American Needle) para desentrañar si en esencia estamos frente a un “acuerdo colusivo” o un grupo de empresas con independencia de las formas jurídicas que pretendan etiquetar el ente (o entes) analizados.²²⁴

Experiencia en México

En México, la Comisión Federal de Competencia (CFC) ya ha tenido la oportunidad de resolver casos similares en donde tuvo que analizar si una empresa en la que participaban personas con intereses económicos distintos y que resultaban potenciales competidores, podía considerarse un vehículo para coordinar acciones o un solo agente económico (“misma entidad”, “entidad única” o single entity) para efectos de la Ley Federal de Competencia Económica.

En 2001, la CFC resolvió declarar responsable al Club Cadena Maíz Tortilla (Camato) por la realización de una práctica monopólica absoluta (acuerdo colusivo o concertado) en el mercado de la tortilla para el consumo humano, vendida en tortillerías identificadas con la marca Masfresca, en el área metropolitana de la Ciudad de México.

En enero del año 2000, el presidente de Camato “recomendó” por varios medios de comunicación, la fijación del precio (4 pesos) de la tortilla para el consumo humano expendida en las tortillerías que usaban la marca Masfresca. A partir de esa recomendación, el número de tortillerías que incrementaron el precio por kilogramo de la tortilla se elevó considerablemente.

De la investigación realizada por la CFC, se desprendió que Camato consistía en una sociedad que integraba a productores, molineros y fabricantes de tortilla de masa fresca de maíz nixtamalizado; además, era titular del programa Masfresca, por el que se promovía la venta de tortilla en el mercado nacional. Masfresca representaba a 17 mil productores y molineros de maíz que abastecían el 10% del mercado nacional y el 5.8% de las 12 mil tortillerías de la zona metropolitana de la ciudad de México.

²²³ Girgado Perandones, Pablo *Grupo de Empresas y Derecho Antitrust, la aplicación de las normas anticolusorias en las relaciones intragrupo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 126.

²²⁴ *Ibidem*, p. 128

La CFC estimó que las tortillerías vinculadas al programa Masfresca y a Camato no constituían un único agente económico, ni existía una relación de franquicia en cuanto a la producción y venta de tortillas, por lo que éstas eran competidoras entre sí. De esta manera, tenemos entonces que Camato había sido el “cascarón” jurídico o el vehículo a través del cual se había realizado la conducta concertada entre competidores.

Camato argumentó que existían contratos de franquicia entre ésta y sus “agremiados”. Sin embargo, la CFC calificó que no se desprendía la existencia de contratos de franquicia aunque mantuviesen esa denominación, ya que la naturaleza de los contratos estriba en los hechos y actos consentidos por las partes y expresados en sus cláusulas y no por el nombre o título que se les dé. Resalta lo cercano de este argumento con la resolución del caso *American Needle*, donde se señaló que las “etiquetas” no son una protección (es decir, no “inmunizan”) para el análisis de competencia en la investigación de acuerdos colusivos.

En 2002, se presentó un caso en el que integrantes de una misma persona jurídica que estaba controlada por competidores, restringieron la competencia, este caso tiene cercanía con el ya mencionado caso norteamericano *US v. Sealy*. Los accionistas de Productora y Comercializadora de Televisión SA de CV (PCTV) eran personas físicas y morales que contaban con concesiones para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones en su modalidad de televisión por cable.

Los accionistas de PCTV eran competidores potenciales, pues podían obtener una concesión para operar sistemas de televisión por cable en las mismas localidades donde ya se encontrara operando otro accionista. No obstante, a través de las modificaciones a los estatutos de la sociedad y las resoluciones tomadas en sus asambleas, los accionistas concertaron:

- a) impedir la entrada de nuevos socios que representaban competencia para ellos en aquellas localidades donde ya estaban instalados (había incentivos para querer ser accionista de PCTV, pues podía accederse a precios especiales de las señales que ésta comercializaba), e
- b) impedir la competencia entre los socios en localidades específicas.

De dichas acciones concertadas, se evitó la concurrencia y, en consecuencia, la competencia entre operadores de sistemas de televisión por cable en determinadas ciudades, utilizando a PCTV como vehículo (“instrumentality”), pues con la mencionada colusión impidieron la entrada de nuevos competidores en regiones donde ya operaban concesionarios con la calidad de accionistas de PCTV.

La CFC determinó que los accionistas de PCTV se estaban dividiendo, asignando e imponiendo porciones o segmentos del mercado de servicios de televisión restringida por cable mediante espacios determinados. Como consecuencia se desincentivaba tanto a otros agentes económicos como a los accionistas de PCTV para que obtuvieran una concesión en aquellos lugares en donde ya operaba un socio de PCTV, o explotarla, en el caso de que ya tuvieran la concesión, de tal forma que se evitaba la competencia potencial. No se sancionó a PCTV y a sus accionistas en virtud de que éstos, conforme a la LFCE, propusieron mecanismos para restaurar y proteger el proceso competitivo a la CFC, mismas que fueron aceptadas. La consecuencia de no haber sancionado es que no se funda un precedente administrativo para este agente económico. No obstante, la conducta continuó y en el año 2006 se reinició la investigación resultando sancionados los accionistas de PCTV con una multa que en conjunto ascendió a un monto de \$6,400,000. En este caso, es claro que PCTV, en el aspecto de eliminar la competencia entre sus accionistas en el mercado de provisión de señales de televisión restringida a usuarios finales, resultaba un cartel y se constituía como el vehículo para la colusión. No obstante, en similitud con lo estimado por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos al resolver el caso *American Needle*, la CFC nunca cuestionó el carácter de “club de compras” de PCTV quién -como es conocido- permite a sus socios acceder a la compra de señales nacionales e internacionales en condiciones muy ventajosas. En este aspecto si bien la autoridad identificó que existía cooperación entre competidores, dicha cooperación no fue cuestionada. Por el contrario, los problemas surgen cuando se usa el mecanismo de cooperación para restringir la competencia, no para fomentarla. Cuando

dos o más accionistas concurrían en una misma localidad, los mecanismos de cartelización se sofisticaban, ya que en determinada localidad se enfrentaban intereses económicos diversos.²²⁵

Otro caso relacionado es el tramitado como una concentración entre United Airlines, Continental Airlines, Air Canada y Lufthansa AG. Se trataba de una operación mediante la cual las aerolíneas mencionadas crearon un joint venture, que les permitía coordinarse para fijar los precios y otras condiciones, respecto de vuelos trasatlánticos. En los Estados Unidos, las empresas obtuvieron una excepción o inmunidad en materia de competencia económica por parte del Departamento de Transporte de dicho país. En México, sin embargo, no existe la figura de la excepción de la aplicación de la ley de competencia para el caso de colusiones, por lo que, al no encontrar una figura más afín, los agentes económicos decidieron notificar la operación (el joint venture), como una concentración. Es decir, como si se estuviera creando con esa operación una misma entidad o “single entity” en los términos usados por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos.

En mi opinión, era más que evidente que el joint venture no encajaba en el concepto de concentración, pues, al igual que en el caso de American Needle:

- cada empresa mantendría una administración del negocio independiente, y claramente tenía una propiedad independiente;
- sus actividades corporativas se encontraban guiadas o determinadas por centros de toma de decisiones independientes, y sus objetivos no eran comunes;
- las aerolíneas continuarían compitiendo entre sí, por los clientes en otras rutas y servicios.

Era muy claro también que el joint venture era un simple “cascarón” jurídico que en México se vistió de concentración, para legalizar un acuerdo colusivo de fijación de precios. Desafortunadamente, la mayoría del Pleno dio el visto bueno a la operación como una concentración, basando la resolución en que esta unión competiría con otras alianzas aéreas. Estimo que se creó un precedente peligroso que podría generar lo que también advierte la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en American Needle, que los carteles busquen “etiquetar” como concentraciones sus acuerdos colusivos. En razón de la gravedad del precedente emití una opinión disidente en un voto particular.²²⁶

Conclusión.

American Needle ha sido un caso muy comentado y discutido entre los estudiosos del Derecho de la Competencia de los Estados Unidos²²⁷, que permitirá aclarar algunas dudas que se tenían con respecto a las ligas deportivas, los

²²⁵ Asimismo, en 2010 se declaró responsable a PCTV por un abuso de dominancia consistente en una negativa de trato, llevada a cabo al rehusar señales de TV restringida a competidores, desplazando de esta manera a empresas (no miembros de PCTV) que pudieran competir con sus accionistas en ciertas localidades de la República Mexicana.

²²⁶ http://www.competenciaeconomica.com.mx/votos/concentracion_continental_CNT-064-2009.pdf

²²⁷ Por ejemplo ver: McCann, Michael A., *American Needle v. NFL: An Opportunity to Reshape Sports Law* (January 15, 2010), Yale Law Journal, Vol. 119, p. 726, 2010, Vermont Law School Research Paper No. 10-10; Feldman, Gabe, *The Puzzling Persistence of the Single Entity Argument for Sports Leagues: American Needle and the Supreme Court's Opportunity to Reject a Flawed Defense* (September 15, 2009). Wisconsin Law Review, Forthcoming, Tulane Public Law Research Paper No. 1473995; Edelman, Marc, *Why the 'Single Entity' Defense Can Never Apply to NFL Clubs: A Primer on Property Rights Theory in Professional Sports* (2008), Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Vol. 18, No. 4, 2008.; Edelman, Marc, *Single Entity Ruling: 'Needle' in Haystack* (January 2, 2008), New York Law Journal, Vol. 239. En la prensa: Bloomberg: *NFL Must Face Antitrust Suits, U.S. High Court Says* (May 24, 2010); Christian Science Monitor: *Supreme Court Rules Against NFL in Merchandising Antitrust Case* (May 24, 2010); CNN: *Justices Rule Against NFL Over Apparel Licensing* (May 24, 2010); National Public Radio: *Supreme Court Rules Against NFL in Antitrust Case* (May 24, 2010); USA Today: *Justices Deny NFL Bid for Antitrust Protection as One Unit* (May 24, 2010); USA Today: *NFL's Loss in Supreme Court Could Have Ripple Effect in CBA Talks* (May 24, 2010); Los Angeles Times: *Supreme Court Rules Against NFL in Antitrust Case* (May 25, 2010); National Law Journal: *High Court Broadens NFL in Antitrust Case* (May 25, 2010);

joint ventures, la cooperación entre competidores, la definición de un agente económico, la doctrina de los centros de toma de decisiones independientes (si se priva de ellos a los mercados, se le hace daño al proceso de competencia), entre otros temas importantes.

Estos mismos temas se han estudiado en México y resuelto algunas veces en sentido muy semejante al de este importante precedente internacional y, en algunas otras, desafortunadamente, de forma muy distinta. De cualquier forma, estimo que el estudio del caso *American Needle* nos puede ayudar a profundizar las discusiones en los complejos temas económicos y jurídicos del derecho de la competencia.

Washington Post: *Supreme Court Denies NFL Increased Antitrust Protection* (May 25, 2010); New York Times: *Throwing the Rule Book at the N.F.L.* (May 26, 2010); Wall Street Journal: *Hats Off to Team Supreme* (May 26, 2010).

Programa de Inmunidad en México
Carlos Mena Labarthe*

I. Introducción

En la actualidad, más de cien jurisdicciones prohíben y sancionan enérgicamente las prácticas que se dan entre competidores para fijar precios, restringir la oferta o la demanda, dividir mercados o coordinar posturas en licitaciones y concursos públicos, lo que en nuestro derecho se denominan prácticas monopólicas absolutas.

Muchas de estas jurisdicciones han aumentado gradualmente las sanciones conducentes para este tipo de prácticas y existe una clara tendencia a introducir sanciones penales, tanto para los responsables, como para sus coadyuvantes en todo el mundo. Por estas razones, la mayoría de las agencias de competencia han hecho del combate a los cárteles de competencia,²²⁸ su prioridad número uno.

Dada su ilegalidad, este tipo de acuerdos generalmente se realizan en secreto y pocos conocen de su existencia y modo de operar. Por ello, desde hace algunos años, las agencias de competencia de las economías más importantes del mundo han diseñado una herramienta que se ha conocido como "programa de inmunidad", "indulgencia", "amnistía", o de reducción de sanciones con el fin de generar un sistema de incentivos que resulte en la cooperación de los agentes económicos involucrados en estas actividades con las autoridades de competencia, en donde dichos agentes económicos eviten ser sancionados por sus prácticas, a cambio de que provean la información y evidencia necesaria para sancionar a los demás agentes involucrados en los cárteles.

El Programa de Inmunidad y reducción de sanciones que la Comisión Federal de Competencia ("CFC" o "Comisión") ha puesto en práctica fue construido con base en las mejores prácticas internacionales que existen en el diseño de estos programas, con sus debidas adecuaciones al sistema legal mexicano, mismo que lo ha convertido incluso en una referencia para la región latinoamericana. Pese a su reciente adopción, el programa ha resultado funcional y atractivo para los agentes económicos y sus beneficios comienzan a notarse al haber ya varias solicitudes de diferentes agentes económicos en los más diversos mercados.

II. Aspectos generales de los programas de inmunidad

El programa de inmunidad, clemencia, amnistía o reducción de sanciones, es una de las herramientas consideradas como más efectivas y piedra angular de los sistemas de competencia modernos para llevar a cabo la persecución de prácticas monopólicas absolutas.²²⁹ Un gran número de países han incluido estos programas en su política de detección y combate de cárteles con el objetivo de alentar a quienes participan o han participado en ellos a confesar y delatar a sus competidores miembros proporcionando evidencia directa e información de primera mano, con la cual pueda probarse la celebración de un acuerdo anticompetitivo.

La principal diferencia que existe en cada uno de estos programas radica en el tipo de sanción que se reduce o elimina, ya sea penal, civil, administrativa o bien, una combinación de las mismas, dependiendo de las sanciones aplicables en cada jurisdicción, por lo que no pueden ser considerados como programas homogéneos. Sin

* Carlos Mena Labarthe es el Director de Prácticas Monopólicas Absolutas, de la Comisión Federal de Competencia

²²⁸ El Diccionario de la Real Academia Española define a un "cártel" como un "*convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial*".

²²⁹ El Diccionario de la Real Academia Española define "inmune" como "*exento de ciertos oficios, cargos, gravámenes o penas*". En materia de competencia económica, el término anglosajón "*leniency*" o en castellano "indulgencia", es un término genérico que se refiere a un sistema de exoneración total o parcial de las sanciones a que se haría acreedor el miembro de un cártel que se acerca a la agencia de competencia a confesar su participación en el mismo. (International Competition Network (ICN), Cartel Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques, *Anti-Cartel Enforcement Manual*, Chapter 2 "Drafting and Implementing an Effective Leniency Program", April 2006, p. 1)

embargo, es común utilizar el término “programa de inmunidad” para referirse a cualquiera de estos programas de manera genérica.

Tal y como lo demuestra la experiencia internacional, desde hace ya varias décadas estos programas han demostrado que son la mejor forma de enfrentar el gran reto de detectar y perseguir cárteles.

Estados Unidos de América, país pionero en el uso de esta herramienta, cuenta con un programa de indulgencia desde 1978. A partir de su reforma en 1993, existen en promedio más de 20 solicitudes por año. De igual forma, la Comisión Europea cuenta con un programa desde 1996, mismo que fue revisado en 2003 y que ha demostrado ser un éxito desde entonces dado que cada vez son más las solicitudes de inmunidad que recibe. Países como Australia, Canadá, Brasil, Francia, Hungría, Israel, Japón, Corea, Holanda, España, Singapur, Gran Bretaña, Sudáfrica, Suiza, Austria, Dinamarca, Estonia, Grecia, Italia, Lituania, Portugal, Suecia, Noruega, e incluso China, con su reciente ley antimonopolio, son sólo algunos de los que cuentan con un programa de inmunidad.

Para el caso de México, la normativa vigente no bautizó de ningún modo en específico a los parámetros para reducción de sanciones que fueron establecidos dentro de la Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”), pero tanto la CFC como los agentes económicos y los practicantes han llamado e identifican a dichos parámetros como “Programa de Inmunidad”.

Este programa está diseñado exclusivamente para ser aplicado en los casos de cárteles o colusiones, conductas que en nuestro derecho se encuentran previstas como prácticas monopólicas absolutas en la LFCE, en donde los competidores se ponen de acuerdo para restringir la competencia de diversas formas, tal como se prevé en el artículo 9° de la ley referida.²³⁰ El programa no aplica para otro tipo de prácticas como las prácticas monopólicas relativas.

Por sus características y situaciones particulares (en especial, el sigilo de los agentes coludidos) el descubrimiento de las prácticas monopólicas absolutas representan un importante reto para la autoridad. En este sentido, los programas de inmunidad pretenden ser las herramientas por las que se puedan detectar acuerdos que de otra manera sería imposible identificar, así como también la vía por la cual la autoridad se pueda allegar de elementos de prueba que de otra forma no podría obtener o conocer. Lo anterior necesariamente le permitirá a las autoridades en materia de competencia llevar a cabo investigaciones más efectivas, eficientes y concretas, contribuyendo además de manera significativa a sancionar mas cárteles para aquellas agencias de competencia que cuentan con áreas de investigación pequeñas, resultando así en una optimización de los recursos humanos disponibles.

Un programa de este tipo genera los incentivos adecuados para que los participantes de estos cárteles acudan ante la autoridad a hacer de su conocimiento una práctica ilegal y a aportar los elementos necesarios para que la misma pueda perseguir y sancionar a sus participantes.

Los programas de inmunidad sirven además para desincentivar la creación de cárteles dado que se crea un elemento de incertidumbre ante la posibilidad de que alguno de sus miembros pueda traicionar al resto a efecto de evadir sanciones. Esto igualmente genera inestabilidad en los cárteles de nueva creación que suelen durar menos tiempo que en aquellos casos en que no existen programas de inmunidad.

Estas medidas sirven para incrementar la probabilidad de detección de los cárteles, desincentivar las prácticas contrarias a la competencia y por tanto, promover un mayor cumplimiento por parte de los agentes económicos con

²³⁰ El artículo 9° de la LFCE establece que: “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, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
II.- Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;
III.- Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o
IV.- Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas. [...]”

los principios de competencia y libre concurrencia, lo cual se considera que redundará en beneficios sociales directos para la sociedad, en especial para los consumidores.²³¹

En este sentido, se estima que si bien un programa de inmunidad es elemental para un buen esquema regulatorio de competencia en cualquier país, resulta claro también que el mismo no es una herramienta aislada y que éste depende de varios factores indispensables o requisitos esenciales que hacen que esta herramienta funcione adecuadamente.

De acuerdo con la investigación y las experiencias internacionales, existen ciertos requisitos necesarios para el buen funcionamiento de un programa de inmunidad, a saber, los siguientes:²³² i) altas probabilidades de detección y sanciones significativas; ii) transparencia; iii) seguridad; iv) prioridad; v) confidencialidad, y vi) difusión. En todos estos frentes se presentan probables cambios en el sistema mexicano.

IV. El Programa de Inmunidad en México

1. Antecedentes

La idea de contar con un instrumento de esta naturaleza en nuestro país no es nueva. Desde 1998 la CFC ha dejado clara su consideración de las prácticas monopólicas absolutas como aquellas que son más dañinas al proceso de competencia y libre concurrencia e igualmente las ha considerado siempre como las más difíciles de detectar y probar por el extremo sigilo con que se conducen los agentes infractores, y desde entonces ha establecido que "(...) esta circunstancia constituye una de sus principales debilidades, dada las dificultades que implica para las partes asegurar el cumplimiento de los comportamientos colusivos sin el establecimiento de mecanismos contractuales formales (...)"²³³

En algunos informes posteriores y en presentaciones y artículos, tanto el presidente de la Comisión como algunos de los comisionados hacían evidente la necesidad de incorporar este tipo de herramientas en nuestro derecho, lo cual se materializó en un programa administrativo adoptado el 26 de enero de 2006 como política interna para otorgar inmunidad. Sin embargo, dicho programa tuvo poco éxito.

Así, en junio de 2006 se publicaron importantes reformas a la LFCE, en las cuales se incorporaron algunas de las mejores prácticas internacionales en materia de política de competencia. Para ello, se llevó a cabo una revisión exhaustiva de las mejores prácticas desde 1993 a efecto de incorporarlas en el texto de la Ley,²³⁴ el cual fue complementado con un nuevo Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, así como con nueva regulación interna para la CFC.²³⁵

Las medidas más importantes de las reformas en este sentido son:

- Se prevé legalmente el Programa de Inmunidad y se faculta a la Comisión para reducir las sanciones a los agentes económicos que proporcionen elementos suficientes para demostrar la existencia de estos acuerdos ilegales (Artículo 33 bis 3);

²³¹ Cfr., ICN, Cartel Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques, *Anti-Cartel Enforcement Manual*, Chapter 2 "Drafting and Implementing an Effective Leniency Program", April 2006, p. 2.

²³² ICN, *op. cit.* pp. 2 a 5; Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, Part I "Report on Leniency Programs to Fight Hard-core Cartels", pp. 7-32.

²³³ Comisión Federal de Competencia, Informe Anual 1998, México, p. 63.

²³⁴ Decreto que Reforma, Modifica y Adiciona la Ley Federal de Competencia Económica, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 28 de junio de 2006. Para un estudio completo del origen e implicaciones de las reformas, véase: Roldán Xopa, José y Mena Labarthe, Carlos (coordinadores), *Competencia Económica: Estudios de Derecho, Economía y Política*, Editorial Porrúa e ITAM, 2007.

²³⁵ Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, publicado en el DOF el 12 de octubre de 2007; Reglamento Interior de la CFC, publicado en el DOF el 27 de noviembre de 2006; Manual de Organización de la CFC, publicado en el DOF el 11 de julio de 2007.

- Se elevaron de forma importante las posibles sanciones a los agentes económicos que realizan acuerdos colusivos. Las multas pueden ser hasta por 1.5 millones de veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal ("SMGDF"), es decir hasta por 86,190 millones de pesos en 2010 (Artículo 35, fracción IV);
- Se elevaron las multas aplicables a los individuos que participen directamente en prácticas monopólicas, en representación o por cuenta y orden de personas morales, a 30 mil SMGDF (Artículo 35, fracción IX);
- Se prevé la imposición de multas a los agentes económicos que hayan coadyuvado, propiciado, inducido o participado en las prácticas monopólicas hasta por 28 mil SMGDF (Artículo 35, fracción X); y
- Se elevaron las multas para los casos de reincidencia en violaciones a la ley por parte de los agentes económicos hasta por el doble que corresponda o bien, hasta por el diez por ciento de las ventas anuales o activos de la empresa infractora (Artículo 35).

2. Aspectos generales del Programa de Inmunidad en México

De conformidad con los artículos 33 bis 3 de la LFCE y 43 y 44 de su Reglamento, el Programa de Inmunidad en México consiste en un procedimiento a partir del cual los agentes que estén incurriendo o hayan incurrido en una práctica monopólica absoluta puedan acogerse al beneficio de la reducción de las sanciones administrativas impuestas por la CFC. Con ello se pretende lograr que los agentes económicos tengan incentivos para colaborar con la autoridad y combatir así la comisión de dichas prácticas.

De igual manera, los artículos citados establecen que cualquier agente económico que haya incurrido o se encuentre en ese momento participando en una práctica monopólica absoluta puede reconocerlo ante la CFC y acogerse al beneficio de la reducción de sanciones bajo determinadas condiciones establecidas en el mismo artículo.

Cabe destacar que el programa establece la oportunidad a cualquier agente económico de acogerse a los beneficios de dicho programa, sin importar la forma en la que ha participado, el tiempo de la práctica, la ubicación física del agente o el papel que desarrolla en el cártel.

La estructura del Programa y la forma en que la CFC lo aplica pretenden generar seguridad, certeza y transparencia sobre la aplicación de las normas que prevén la reducción de sanciones en materia de competencia económica a fin de facilitar el entendimiento y alcances del programa de reducción de sanciones para todos los agentes económicos.

En este sentido, los términos de la reducción de sanciones son claros. La cooperación del agente económico podría reducir la posible sanción por la práctica monopólica absoluta cometida de 1.5 millones de salarios mínimos (más de \$80 millones de pesos) a sólo un salario mínimo (\$57.46 pesos en 2010).

El primer agente económico involucrado en una práctica de este tipo que aporte elementos que le permitan a la Comisión comprobar la existencia de la misma, podrá beneficiarse de una reducción de la multa para la imposición del equivalente a un solo salario mínimo (multa mínima). Las siguientes personas involucradas en la práctica violatoria de la Ley, que aporten nueva información, también se podrán beneficiar del programa y su reducción en las sanciones podrá ser de por lo menos 50, 30 ó 20 por ciento del monto máximo de la multa aplicable, según el orden cronológico en que se presente la solicitud.

Por lo tanto, la Comisión no se encuentra limitada en el número de solicitantes a los que pueda ofrecer ulteriores reducciones porcentuales o en el monto de la misma ya que, para determinarlo, se debe de tomar en cuenta el orden cronológico y que los elementos aportados sean de ayuda a la investigación, o bien, constituyan elementos probatorios esenciales de la práctica monopólica absoluta. Si bien todas las solicitudes deben de seguir el mismo procedimiento y cumplir con los mismos elementos esenciales, los beneficios variarán dependiendo, en primer lugar, del orden cronológico de la solicitud y posteriormente la valoración de la información y la evidencia aportada.

En este sentido, otorgar un valor adicional a la investigación implica que los agentes aporten información y evidencia adicional a aquella información que la Comisión ya tenía en su poder o se encontraba en vías de obtener por su propia cuenta con motivo de otra solicitud, ya sea porque la misma fue obtenida gracias a una solicitud previa o por que la misma sea producto de las investigaciones de la Comisión.

Por otro lado, se entiende por aportar “elementos adicionales de convicción” aquellos que no hayan sido aportados por los anteriores solicitantes y que la Comisión no hubiera podido obtener por otra vía.

Una de las principales ventajas del Programa de Inmunidad es que a éste puede acogerse cualesquiera agentes económicos, sean personas físicas o morales, que voluntariamente informen sobre su participación en acuerdos prohibidos. En los casos en que el solicitante sea una persona moral, los beneficios otorgados se podrán extender a los funcionarios actuales o pasados de la empresa en las responsabilidades que pudieran tener en la conducta y las sanciones a las que pudieran hacerse acreedores de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 fracción IX de la LFCE. Para ello, el solicitante podrá manifestar la intención de hacer extensivo dicho beneficio para los funcionarios implicados quienes deberán de solicitarlo de forma fehaciente y cooperar en forma plena en los mismos términos que la solicitante.

El tiempo para que el agente económico pueda acogerse al Programa de Inmunidad deberá de ser necesariamente hasta antes de que la Comisión emita el acuerdo de conclusión del procedimiento de investigación. Sin embargo, un agente económico puede acogerse al Programa de Inmunidad tantas veces como conocimiento y participación de alguna práctica monopólica absoluta tenga, pero como establecimos anteriormente, el beneficio de reducción de sanciones obtenido dependerá del orden cronológico de su solicitud y los elementos de convicción aportados.

3. Procedimiento para acceder al Programa de Inmunidad

La CFC ha manifestado su apertura a los agentes económicos o sus representantes a fin de que antes de presentar alguna solicitud para acogerse al Programa de Inmunidad, se acerquen a los funcionarios responsables y planteen sus casos de manera informal.

Respecto del procedimiento para acogerse al Programa de Inmunidad existen dos formas de presentar una solicitud, a saber: a) el correo de voz, mediante el cual los agentes económicos interesados en acogerse al Programa de Inmunidad de la Comisión pueden realizar su solicitud mediante una llamada al número telefónico que la Comisión designe para tales efectos, mismo que se encontrará habilitado las 24 horas del día, los 365 días del año, y/o b) el correo electrónico, medio a través del cual también podrán presentar su solicitud vía electrónica, enviándola a la dirección de correo electrónico que la CFC establezca para dichos efectos.

La razón de este mecanismo formal de solicitud es precisamente dar seguridad en el orden cronológico de presentación de dichas solicitudes a los agentes económicos ya que ningún funcionario de la CFC podría alterar o modificar este orden. Esto garantiza que las solicitudes realizadas por los solicitantes serán analizadas en su orden de llegada y así, aspirar a tener los beneficios de haber solicitado acogerse al programa antes que los demás participantes del cártel.

Además, la confidencialidad de la solicitud se asegura en virtud de que sólo el Secretario Ejecutivo y/o el Director General de Investigaciones de Prácticas Monopólicas Absolutas y Restricciones al Comercio Interestatal de la Comisión tienen acceso al correo de voz y al correo electrónico referido.

Es importante resaltar que la CFC no atenderá las solicitudes que no sean tramitadas por los medios señalados, ya que estos medios protegen la identidad, fecha y hora exacta de la solicitud. Así mismo, se entenderán como denuncias las solicitudes presentadas por medios distintos a los anteriormente precisados.

Una vez recibida la comunicación por los medios anteriormente especificados, la Comisión asignará una clave que identifique la solicitud presentada y se le comunicará al solicitante vía correo electrónico o telefónica.

Las comunicaciones que los interesados realicen posteriormente se harán utilizando esta clave. Lo anterior con el fin de proteger la identidad del agente y dar seguridad en el manejo de la información tanto interna como externamente a la CFC. La clave contiene elementos que le permiten a la CFC asegurarse del orden cronológico de la solicitud, independientemente de la vía por la que haya sido presentada.

La Comisión se comunicará con el interesado en el transcurso de los dos días siguientes a que se haya recibido la solicitud, para informarle el lugar, día y hora en que deberá acudir a las instalaciones de la Comisión para que se revise la información que desee proporcionar.

La Comisión tratará de fijar esta reunión de común acuerdo con el agente económico en cuestión o con su representante, tratando de proteger en todo momento la identidad del agente económico y atendiendo a sus necesidades de desplazamiento o disponibilidad dentro de un tiempo razonable.

Para dicha reunión, el agente económico debe ser capaz de plantear los antecedentes y el estatus del caso de manera razonable, establecer las medidas que ha tomado al respecto y aportar los elementos de convicción que obren en su poder y que permitan comprobar la existencia de la práctica monopólica absoluta.

En caso de que el agente económico no asista a esta reunión, la Comisión cancelará la solicitud y la clave correspondiente.

Una vez sostenida la reunión de solicitud y a partir de esa fecha, en un plazo máximo de quince días, prorrogables, la Comisión emitirá un Acuerdo de Reducción de Sanciones.

El Acuerdo de Reducción de Sanciones establecerá: a) si la información recibida es suficiente; b) el orden cronológico de la solicitud y c) el porcentaje de reducción de la multa que resulte aplicable o la aplicación de la multa mínima, dependiendo el caso.

La Comisión no podrá evaluar otra solicitud hasta en tanto no se pronuncie sobre otra solicitud que haya llegado con anterioridad.

Los elementos esenciales para obtener los beneficios del Programa de Inmunidad, son:

- A. Presentar la solicitud antes de que la Comisión haya iniciado una investigación o antes de que haya concluido el período de investigación;
- B. Aportar los elementos que obren en poder del interesado y de los que pueda disponer, mismos que permitan comprobar la existencia de la práctica monopólica absoluta;
- C. Cooperar en forma plena y continua con la Comisión en el período de investigación y en el procedimiento seguido en forma de juicio; y
- D. Realizar las acciones necesarias para terminar su participación en la práctica violatoria de la Ley cuando la Comisión lo considere oportuno, a fin de no poner en riesgo la investigación.

4. Confidencialidad

Los agentes económicos que decidan acogerse al Programa de Inmunidad deben de tener la seguridad de que éstos no correrán ningún tipo de riesgo o represalias por la información que proporcionen bajo este programa, así como tampoco incurrirán en alguna responsabilidad en otras jurisdicciones.

V. El Programa de Inmunidad al día de hoy

La CFC ha recibido en los últimos tres años diez solicitudes de inmunidad que han permitido a la autoridad allegarse de información muy importante que ha reforzado investigaciones o permitido iniciar investigaciones

trascendentes en cárteles tanto nacionales como internacionales. Se considera que los resultados en el funcionamiento del Programa de Inmunidad de la CFC son satisfactorios y los agentes económicos que consideran a nivel internacional solicitar estos beneficios en otros países, ya incluyen a México en esa estrategia. Igualmente, para los cárteles puramente nacionales, los agentes económicos están cada vez más conscientes de sus ventajas y se acercan a conocer sus beneficios.

Así, la CFC estima que el Programa de Inmunidad es, y será cada vez más, una pieza fundamental en su lucha contra las prácticas monopólicas absolutas en nuestro país, especialmente a la luz de las reformas que ya se consideran en el Congreso de la Unión y que incluirían sanciones penales para los individuos y sanciones monetarias relacionadas con porcentajes de ventas o activos para las empresas.

El concepto de Mercado Relacionado en la Ley Federal de Competencia Económica
(Comentarios incidentales sobre poder sustancial conjunto en Boicot y delimitación de
mercado relevante en Colusiones)
Por: Claudia Brambilla, José Alfredo Chávez, Alvaro R. Sánchez.

Tema para discusión

Esta Nota es personal. No refleja necesariamente la posición de Gidari (Chávez) ni de VA&BA (Brambilla, Sánchez)

0. En esta Nota se propone una forma para identificar qué es un “mercado relacionado” (MR), concepto contenido en la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE o Ley) y se recomienda que se delimite en términos de los artículos 12 y 13 de la Ley.

Incidentalmente se abordan: el concepto de poder sustancial conjunto aplicado en el análisis de boicot; y, la delimitación de un mercado relevante en el análisis de colusiones.

En el apartado I se hace una breve introducción a las referencias al concepto de MR en la Ley. En el apartado II se incluyen consideraciones sobre el concepto de MR en las concentraciones; en el apartado III se plantea el concepto aplicable a las prácticas monopólicas relativas; en el apartado IV se analiza la (no) aplicación del concepto de MR en las prácticas monopólicas absolutas; en el apartado V se plantean breves consideraciones finales.

I.- Introducción

1. Los conceptos que señalan los artículos 16 y 18 de la LFCE referentes al análisis de concentraciones, hacen mención de bienes o servicios sustancialmente relacionados o a mercados relacionados, respectivamente. Sin embargo, ni la propia Ley ni su Reglamento contienen mayor información sobre lo que debe entenderse por éstos o cómo delimitarlos.
2. Por otro lado, si bien el proemio del artículo 10 hace referencia a situaciones que afectan el proceso de competencia como posible resultado de las prácticas comerciales tipificadas en las diversas fracciones de dicho artículo, el ordenamiento no es explícito en cuanto a que dichas situaciones necesariamente se presenten en el mercado relevante. De hecho, es procedente considerar que los efectos o situaciones que deben analizarse pueden referirse al mercado relevante y/o a otro mercado, mismo que pudiera entonces entenderse como “relacionado” con el mercado relevante.
3. Así, el tema de los MR está explícita o implícitamente en la Ley y merece ser definido con propiedad a fin de proporcionar certeza jurídica sobre su aplicación y fortalecer el análisis de concentraciones y prácticas monopólicas.

II.- Concentraciones

4. La evaluación de una operación de concentración entre agentes económicos independientes entre sí, jurídica y económicamente, debe llevarse a cabo en términos de los artículos 16, 17 y 18 de la LFCE.

Mercado relevante.

Un paso fundamental en el análisis consiste en delimitar el “mercado relevante” de conformidad con los artículos 18, I y 12 de la LFCE.

Poder sustancial de mercado.

El siguiente paso consiste en evaluar las condiciones de competencia prevalecientes en dicho mercado relevante, de conformidad con los artículos 18, II y 13 de la LFCE.

El análisis se complementa con la evaluación del posible efecto de la concentración en las **condiciones de competencia del mercado relevante y de mercados relacionados**, atendiendo a las prescripciones en el artículo 18, III y IV.

Para pronta referencia se transcriben los siguientes ordenamientos:

Artículo 16.- Para los efectos de esta ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. 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**.

(...)

Artículo 18. Para determinar si la concentración debe ser impugnada o sancionada en los términos de esta Ley, la Comisión deberá considerar los siguientes elementos:

(...)

III. Los efectos de la concentración en el **mercado relevante** con respecto a los demás competidores y demandantes del bien o servicio, así como **en otros mercados y agentes económicos relacionados**;

IV. La participación de los involucrados en la concentración en otros agentes económicos y la participación de otros agentes económicos en los involucrados en la concentración, siempre que dichos **agentes económicos participen directa o indirectamente en el mercado relevante o en mercados relacionados**. Cuando no sea posible identificar dicha participación, esta circunstancia deberá quedar plenamente justificada;

(...).

5. En la normatividad vigente no se precisa qué debe entenderse por “mercado relacionado”. La SCJN ha sostenido que aunque la LFCE no contiene una definición explícita o formal de mercado relacionado o de bienes o servicios sustancialmente relacionados, resulta posible definir estos conceptos en términos de los efectos que la Ley busca prevenir. En efecto, luego de examinar el uso común de los vocablos, la SCJN ha sostenido que: “para que un bien o servicio esté sustancialmente relacionado con otro es dable entender, que exista entre ambos una correspondencia esencial que permita afirmar que la concentración operada respecto de un producto afecta o tiene relevancia para el otro, por los vínculos no accidentales existentes entre ambos”²³⁶.

²³⁶ Amparo en Revisión 2589/96. Quejosa: Grupo Warner Lambert México, sociedad anónima de capital variable.

En consecuencia se procede a plantear que un mercado relacionado con el mercado relevante es aquel que:

- i. Se encuentra en otro eslabón de la misma cadena productiva a la que corresponde el bien o servicio involucrado en el mercado relevante.

En términos generales una cadena productiva o de servicio puede estar compuesta por al menos tres eslabones, cada uno de los cuales puede identificarse como un mercado debido a que en ese eslabón se realizan operaciones comerciales de compra-venta entre terceros:

Producción + distribución (p. ej., venta mayorista) + comercialización (p. ej., venta detallista); o

- ii. Se encuentra ajeno a la cadena productiva del bien o servicio involucrado en el mercado relevante, pero las prácticas comerciales que se realicen en este último inciden “sustancialmente” en las condiciones de competencia de aquel.

Para efectos de esta situación, se puede considerar que la incidencia será sustancial si como resultado de la concentración alguno de los agentes que concentra fortalecerá o adquirirá poder en el mercado relevante y/o en el MR.

- iii. Resulta fundamental entonces que el análisis instruido en el artículo 12 para delimitar el mercado relevante y en el artículo 13 para identificar las condiciones de competencia en el mercado relevante, también debiera desarrollarse para el MR bajo escrutinio.
- iv. El grado de detalle del análisis del MR estará en función de la importancia que revista su vínculo con el mercado relevante para determinar las condiciones de competencia en ambos. Obsérvese que el análisis de mercado relevante en conjunto con el MR, deberá centrarse en identificar la posibilidad de que se facilite la comisión de alguna de las once prácticas monopólicas relativas que señala el artículo 10 de la LFCE, por parte del agente económico resultante de la concentración propuesta.

III.- Prácticas monopólicas relativas

- v. A continuación se transcribe el proemio del artículo 10 de la LFCE:

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 en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:*
(...)

- vi. Este tipo de prácticas, según se señala en el proemio anteriormente transcrito, pudiera:
 - a. Generar un desplazamiento indebido; o
 - b. Impedir sustancialmente el acceso, o
 - c. Establecer ventajas exclusivas

En:

- a. El mercado relevante, o
- b. En algún mercado relacionado:
 - a. Verticalmente, o
 - b. Horizontalmente, o
 - c. Diverso.
- vii. Los factores que determinan la existencia de mercados relacionados en situaciones donde éstos no pertenecen a la misma cadena productiva son los siguientes:
 - (a) Mercados geográficos distintos para un mismo bien o servicio (mismos proveedores y/o consumidores),
 - (b) Mercados de productos o servicios distintos que se pueden empaquetar (mismos proveedores y/o consumidores), o bien
 - (c) Mercados de productos o servicios distintos donde compiten o pueden competir los mismos agentes económicos (mismos proveedores y/o consumidores).
- viii. Para cada caso, el análisis en materia de competencia económica requiere distinguir si la presunta conducta investigada involucra un (o más) mercado(s) relacionado(s) al mercado relevante; o bien, un solo mercado relevante (p.ej., empaquetamiento de servicios o mercados de doble demanda).
- ix. Las fracciones del artículo 10 de la LFCE se refieren a diversas conductas cuyos efectos pueden materializarse ya sea en el mercado relevante o en algún MR. A continuación se analiza cada una de ellas y se proporcionan algunos simples ejemplos:

Exclusividad simple

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

En este caso, un proveedor A de un producto “x”, con una posición dominante en ese mercado, puede imponer una distribución exclusiva por razón geográfica a los diversos distribuidores. De esta forma, en la zona en la cual aplica la exclusividad, un proveedor de un producto “z” –competidor de A- puede verse impedido para acceder a los distribuidores en cuestión.

Cabe hacer notar que esta práctica vertical requiere necesariamente la consideración y análisis de uno (o más) MR’s.

Imposición de términos de reventa

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

Este tipo de práctica puede ser utilizada por un proveedor dominante que impone los precios a sus distribuidores a fin de limitar la expansión de ciertos productores o distribuidores que representen una amenaza de integración vertical.

Nuevamente, se hace notar que esta práctica por su naturaleza vertical (e.g., involucra dos eslabones de la cadena productiva) requiere necesariamente de uno (ó más) mercado(s) relacionado(s).

Ventas atadas

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

Considérense dos servicios de telecomunicaciones "x" y "z". El agente económico A comercializa ambos servicios y cuenta con poder sustancial en el mercado del servicio x. Existen otros competidores que ofrecen (a) tanto "x" como "z" o bien (b) solamente "z". A condiciona la venta de "x" a la adquisición de "z" (aunque pueda ofrecer "z" de manera separada).

Se observa que el mercado relevante es aquel al que pertenece "x", mientras que el mercado al que pertenece "z" se considera como MR con mercado relevante.

Se apunta que en esta fracción de manera expresa se utiliza el calificativo de "adicional" para referirse al bien o servicio perteneciente al MR (aunque también podría identificarse como un mercado distinto o distinguible, según la redacción que se utiliza en la Ley).

Asimismo, tal redacción parece implicar que esta práctica también requiere la consideración de un(o ó más) MR's; incluso cuando se trata de dos o más mercados relevantes "relacionados" entre sí (en el caso en que un agente económico tiene poder en ambos mercados y ata los bienes o servicios con fines anticompetitivos).

Exclusividad condicionada

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

Un proveedor condiciona la venta de sus productos a que sus clientes no compren ni comercialicen los productos de sus competidores en un eslabón (mercado) posterior en la cadena de distribución.

Por ejemplo, esta conducta puede imponerse a los distribuidores a fin de limitar el acceso de los productos o servicios de los competidores a un porcentaje importante del MR.

Sin embargo, a diferencia de las prácticas analizadas previamente, ésta no necesariamente requiere de la existencia de un MR, ya que el condicionamiento puede tener por objeto o efecto desplazar o impedir sustancialmente el acceso al propio mercado relevante.

Negativa de trato

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

Esta conducta puede tener un carácter anticompetitivo cuando una empresa con poder sustancial niega el suministro de un insumo a un comprador con el objeto o efecto de excluirlo o limitar su crecimiento en una actividad económica donde ese insumo es necesario y donde ambos agentes son competidores.

En estos casos, existe un mercado de bienes finales en donde los agentes económicos A y B son competidores y un mercado en el cual A es proveedor de un insumo que requiere B.

Nótese que por la naturaleza de esta práctica (la negativa de trato), también puede sugerir de la existencia de uno ó más MR's, donde podría tener efectos la negativa.

Boicot

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

Para este tipo de conducta es importante definir:

- i. si el boicot involucra a agentes que no son competidores entre sí, por lo que necesariamente deberá identificarse a aquél que tiene poder sustancial en el mercado relevante;
- ii. si el boicot involucra a agentes que pudieran ser competidores entre sí, en cuyo caso tendría que precisarse si lo más adecuado es evaluar la conducta como una práctica colusiva sancionable según el artículo 9 de la Ley.

Respecto al primer caso pudiera plantearse una situación en que el agente A productor con poder sustancial de un insumo "x" (mercado relevante) y productor de un bien final "z" (MR), y un comercializador B del insumo "x" (que pudiera también identificarse como MR) acuerdan que este último agente no venda dicho insumo a un productor C de un bien "s" sustituto de "z" si C insiste en vender el bien final "s" dentro de cierta área geográfica de influencia de A.

Respecto al segundo caso, actualmente no hay una base jurídica clara en la Ley que permita delimitar el poder sustancial conjunto. Un planteamiento en este aspecto puede consultarse en: Sánchez G., Álvaro R. y Sánchez Romero, Rubén. 'Competencia Efectiva y Poder Sustancial Conjunto. Una propuesta de reforma a la Ley Federal de Competencia Económica.' Barra Mexicana, Colegio de Abogados. Propuestas Concretas para Enriquecer el Orden Jurídico Nacional. 2008.²³⁷

No obstante, la CFC parece haber aplicado el concepto en algunos casos (en orden cronológico):²³⁸

- United International Pictures. Ref. Exp. IO-20-97. Gaceta de Competencia Económica, Año 3, No. 6, Enero-abril 2000.²³⁹
- Inmobiliaria Hotelera Montecristo. Ref. Exp. DE-18-98. Gaceta de Competencia Económica, Año 4, No. 9, Enero-abril 2001.²⁴⁰

²³⁷ Disponible en: <http://www.vb.com.mx/BarraCompetenciaEfectivaFinalRubenyAlvaro280108.pdf>

²³⁸ La forma en que se hace referencia a la interacción de varios competidores en los expedientes referidos es imprecisa y en estricto sentido pudiera tener una interpretación distinta al concepto de poder sustancial conjunto generalmente utilizado.

²³⁹ Disponible en http://201.161.46.75/index.php?option=com_content&task=view&id=1164&Itemid=191

Sitio anterior de la CFC.

(Consultado el 27.05.2010)

²⁴⁰ Disponible en: http://201.161.46.75/index.php?option=com_content&task=view&id=1167&Itemid=191

Sitio anterior de la CFC.

- Asociación Nacional de Centros Cambiarios. Ref. Exp. DE-21-98. Gaceta de Competencia Económica, Año 4, No. 11, Septiembre -diciembre 2001.²⁴¹
- Harinera Seis Hermanos vs Cargill de México. Ref. Exp. DE-52-98; RA-13-2000 y RA-15-2000.²⁴²
- Declaratoria sobre inexistencia de condiciones razonables de competencia en servicios aeroportuarios y otros servicios, en los aeropuertos que integran el Grupo Aeroportuario del Centro Norte. Ref. Exp. DC-01-2000. Gaceta de Competencia Económica, Año 3 No. 7, mayo-agosto 2000.²⁴³
- Miditel / Midicel vs Teléfonos de México / Operadora Unefon / Pegaso Comunicaciones y Sistemas / Axtel / Radiomóvil Dipsa. Ref. Exp. DE-26-2001. Gaceta de Competencia Económica, Año 6 No. 16, mayo agosto 2003.²⁴⁴
- 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 auto-tanques y semirremolques; buque-tanques, y ductos. Resolución final. Ref. Exp. DC-01-2007.²⁴⁵

Se apunta que si las modificaciones a la Ley aprobadas recientemente por la Cámara de Diputados son también aprobadas por la Cámara de Senadores, se modificaría el artículo 13, I de la Ley dando lugar al concepto de poder sustancial conjunto.²⁴⁶

(Consultado el 27.05.2010)

²⁴¹ http://201.161.46.75/index.php?option=com_content&task=view&id=1169&Itemid=191

Sitio anterior de la CFC.

(Consultado el 27.05.2010)

²⁴² http://201.161.46.75/index.php?option=com_content&task=view&id=1989&Itemid=578

Sitio anterior de la CFC.

(Consultado el 27.05.2010)

²⁴³ "4. *Diversos ordenamientos legales otorgan facultades a esta Comisión para determinar si hay condiciones razonables de competencia o si existe competencia efectiva en un mercado determinado. Pese a la terminología empleada en dichos cuerpos legales, en conformidad con la normatividad en materia de competencia económica, esta Comisión debe definir en primer lugar el mercado relevante y sus características propias para posteriormente **determinar la posible existencia de poder sustancial de alguno o algunos agentes económicos en dicho mercado**, para lo cual deberá considerar los supuestos expresamente contemplados en los artículos 12 y 13 de la LFCE, así como seguir las reglas para su análisis contenidas en los artículos 9º, 10, 11 y 12 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica (RLFCE).*

Con base en lo dispuesto en el párrafo inmediato anterior y 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."

Disponible en: http://201.161.46.75/index.php?option=com_content&task=view&id=1165&Itemid=191

Sitio anterior de la CFC.

(Consultado el 27.05.2010)

²⁴⁴ "De conformidad con el artículo 13 de la LFCE se analizó **el poder sustancial que de manera conjunta tienen las empresas denunciadas, concluyéndose que las empresas Telmex, Axtel, Pegaso y Unefon controlan de manera conjunta más de 98% del total de líneas del servicio de telefonía local fija.**"

Disponible en: http://201.161.46.75/index.php?option=com_content&task=view&id=1175&Itemid=191

Sitio anterior de la CFC.

(Consultado el 27.05.2010)

²⁴⁵ Fuente: Expediente DC-01-2007. Resolución final.

Disponible en el anterior sitio de internet de la CFC:

http://201.161.46.75/index.php?option=com_content&task=view&id=4683&Itemid=578

(Consultado el 20.04.2010)

²⁴⁶ Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica, del Código Penal Federal, del Código Fiscal de la Federación, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Aprobado el 29 de abril de 2010 por la Cámara de Diputados con 386 votos a favor, 15 en contra y 2 abstenciones.

Finalmente, se hace notar que esta fracción del artículo 10 de la Ley no requiere necesariamente de la existencia de un MR, ya que la práctica puede tener efectos en el propio mercado relevante, donde necesariamente al menos uno de los agentes económicos involucrados en el boicot tiene poder sustancial.

Depredación de precios

VII. La venta sistemática de bienes o servicios a precios por debajo de su costo medio total o su venta ocasional por debajo del costo medio variable, cuando existan elementos para presumir que estas pérdidas serán recuperadas mediante incrementos futuros de precios, en los términos del reglamento de esta Ley.

Cuando se trate de bienes o servicios producidos conjuntamente o divisibles para su comercialización, el costo medio total y el costo medio variable se distribuirán entre todos los subproductos o coproductos, en los términos del reglamento de esta Ley;

La depredación de precios no requiere necesariamente la existencia de un MR, ya que la recuperación de las pérdidas en el presente puede obtenerse en el mismo mercado relevante en un futuro (si el desplazamiento tiene éxito y los potenciales competidores enfrentan barreras de entrada significativas).

No obstante, la depredación de precios también es compatible con la depredación en un determinado mercado a fin de obstaculizar la entrada de competidores (o debilitar su capacidad de competir) a uno o varios mercados relacionados. La recuperación de pérdidas puede ocurrir en uno u otro mercado o bien, una combinación de ambos.

Considérese como ejemplo a un agente A que produce y comercializa los bienes de consumo "x" y "z". A tiene poder sustancial en el mercado relevante al que pertenece "x" (también lo podría tener en el mercado de "z"). Existen otros competidores que ofrecen "x" y que podrían incursionar en la comercialización de "z" (por ejemplo, si existen economías de escala en la producción o distribución de ambos bienes, "x" y "z"). A ofrece "x" a precios por debajo del costo medio a fin de que sus competidores incurran en pérdidas en la venta de dicho bien y así, reducir las posibilidades de que éstos incursionen o se posicionen en el mercado de "z".

Descuentos por fidelidad

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

Obsérvese que esta fracción puede entenderse en dos partes, identificadas para propósitos de exposición en corchetes. Un ejemplo de la primera se da cuando un proveedor A otorga descuentos, facilidades de pago u otros incentivos en relación al producto "x" a un comprador B solamente si éste se rehúsa adquirir el producto "z", competidor de "x".

Un ejemplo de la segunda parte pudiera suceder si un distribuidor C le compra el producto "x" a un proveedor con la condición de que éste no le venda tal producto "x" a otro distribuidor D.

Se observa que las dos partes referidas pudieran (¿o debieran?) entenderse como elementos complementarios y no necesariamente como elementos alternativos.

Subsidios cruzados

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

Considérese a un agente A que produce dos tipos de medicamento "x" y "z". Dicho agente posee poder sustancial en el mercado correspondiente al medicamento "x", situación que le permite obtener fijar precios elevados y por lo tanto, obtener ganancias extraordinarias en dicho mercado. A fin de desplazar a sus competidores en el mercado del medicamento "z", ofrece este último a un precio en el cual incurre en pérdidas. Las pérdidas en la venta del bien MR son compensadas con las ganancias obtenidas en la venta del bien "x". Tómese en cuenta que la estrategia de A también puede tener el efecto de disuadir potenciales competidores de incursionar en la comercialización de "z".

En dicha situación, el mercado relevante a analizar en términos económicos es el correspondiente al del producto "x" donde está obteniendo ganancias extraordinarias debido a su poder sustancial. El MR donde tiene pérdidas es el correspondiente al del bien "z".

En este caso, el agente A está utilizando las ganancias extraordinarias consecuencia del poder sustancial que posee para poder incurrir en pérdidas en otro mercado y así desplazar a sus competidores en el MR.

Por la naturaleza de esta práctica, el análisis en materia de competencia económica necesariamente requiere considerar uno (ó más) mercado(s) relacionado(s).

Discriminación de trato

X. El establecimiento de distintos precios o condiciones de venta o compra para diferentes compradores o vendedores situados en igualdad de condiciones, y

Un agente económico cobra distintos precios o impone distintas condiciones de venta a compradores en igualdad de circunstancias.

Por ejemplo, en las ventas que hace el agente económico A del producto "x", éste proporciona diferentes precios a los agentes B y C que compran las mismas cantidades de "x" y utilizan el mismo medio de pago en tiempos iguales.

La discriminación de precios podría dañar la competencia en mercados relacionados, pero también en el propio mercado relevante. Por lo tanto, no se requiere necesariamente en el caso de esta práctica el supuesto de un MR.

En el primer caso, el agente dominante puede, por ejemplo, discriminar a favor de los compradores con bajos costos de traspaso (alta probabilidad de cambiar de vendedor) o clientes de otros vendedores con el fin de reducir su demanda y provocar la salida del mercado de sus competidores (o impedirles la entrada).

Elevación de costos a competidores

XI. La acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores.

Esta fracción puede involucrar o no mercados relacionados. Igualmente, esta fracción puede considerar mercados relacionados tanto cuando éstos pertenecen a diferentes etapas en una misma cadena productiva, como cuando no es así.

Considérese el caso en el que A, productor con poder sustancial de un insumo "x" (mercado relevante) y de un bien final "z" (MR), vende a sus competidores en el MR el insumo "x" a un precio que excede el del bien final "z", con la intención de excluir del MR a dichos competidores.

- x. Algunos planteamientos sobre las prácticas anticompetitivas que involucran mercados relevantes y mercados relacionados pueden consultarse en las referencias bibliográficas incluidas al final de esta Nota.

IV.- Prácticas monopólicas absolutas

- xi. A fin de analizar la aplicabilidad del concepto de MR a este tipo de prácticas se transcribe para pronta referencia el proemio del artículo 9 de la LFCE:

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:*

(Énfasis añadido)

- xii. Debido a que el proemio de este artículo establece que los agentes económicos involucrados en este tipo de prácticas **deben ser competidores entre sí, esto excluye la aplicación o evaluación de los MR.**
- xiii. No obstante esta aseveración, se aprovecha el espacio de esta Nota para formular algunos comentarios incidentales sobre el análisis de las conductas colusivas o prácticas monopólicas absolutas.
- xiv. En efecto, las prácticas monopólicas absolutas, al menos las señaladas en las fracciones I (fijación de precios), II (fijación de abasto) y III (segmentación de mercado) del artículo 9º, debieran abordarse sobre un mercado relevante definido en términos del artículo 12 de la Ley. Esta consideración pudiera no ser necesaria respecto a la fracción IV (coordinación en licitaciones) pues en una licitación el mercado relevante queda automáticamente definido.
- xv. Es práctica generalizada que se establezca si dos o más agentes económicos son competidores entre sí con base en evidencia diversa sin tener que abordar los elementos que instruye el artículo 12 de la Ley. Esta práctica pudiera reflejar la intención de la Ley en simplificar y hacer expedito el proceso de análisis y en su caso sanción de una conducta colusiva.
- xvi. Sin embargo, se insiste en que sería más robusta una decisión apoyada en el análisis que indica el artículo 12 citado. Un beneficio complementario de dicha aplicación es que permitiría una evaluación más precisa del **"daño causado" (en el mercado relevante)** como elemento para la imposición de sanciones.

V.- Comentarios finales

- xvii. La LFCE hace referencia tanto a bienes o servicios relacionados como a MR's pero no define lo que debe entenderse por éstos o cómo delimitarlos.
- xviii. El concepto de MR es aplicable para el análisis de concentraciones y de prácticas monopólicas relativas. El concepto de MR es inaplicable en el análisis de prácticas monopólicas absolutas.
- xix. En esta Nota se hace una propuesta sobre la forma de identificar o delimitar un MR, ya sea porque pertenece a la misma cadena productiva que el mercado relevante o porque las condiciones de competencia en uno de ellos incide en el otro aun y cuando se ubiquen en cadenas productivas diferentes. El análisis de un MR en términos de los artículos 12 y 13 de la Ley permitirían conclusiones más robustas.

Referencias Bibliográficas

- García Rollán, Carlos (2008) 'Abuso de posición dominante. Prácticas restrictivas de la competencia'.

Disponible en:

<http://www.ucm.es/info/ecap2/Especialidad/Trabajos/Carlos%20Garcia%20Rollan-2007-08.doc>

- Gual, Jordi; Hellwig, Martin; Perrot, Anne, Polo, Michele; Rey, Patrick (Coordinator) Schmidt, Klaus and Stenbacka, Rune (2005) 'An economic approach to Article 82'. Report by the EAGCP.

Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf

- Rey, Patrick; Seabright, Paul and Tirole, Jean (2001) 'The activities of a monopoly firm in adjacent competitive markets: Economic Consequences And Implications For Competition Policy'. Disponible en: <http://idei.fr/doc/wp/2001/activities2.pdf>

- Rey, Patrick and Tirole, Jean (2003) 'A primer on foreclosure'

Disponible en: <http://idei.fr/doc/wp/2003/primer.pdf>

**Sanciones bajo la ley federal de competencia económica:
Un comentario de análisis económico del derecho[†]**
Francisco González de Cossío*

Las personas se convierten en criminales, no porque sus fines difieran de los de otras personas, sino porque sus beneficios y costos son diferentes.

Gary Becker – Premio Nobel de Economía (1992)

I. Introducción

Las sanciones por violación a la Ley Federal de Competencia Económica (“*LFCE*”) fueron incrementadas en 2006 y están en vías de serlo aún más.²⁴⁷ Ello ha propiciado preocupación. Y es de entenderse. Se trata de las sanciones más importantes del sistema jurídico mexicano. Si a ello se le suma el estatus de la competencia en México, es de entenderse que existan preocupaciones—inclusive cabildeo y obstrucción por grupos de interés.

Pero el incremento de las sanciones es necesario. Lo que es más, es insuficiente. A continuación explicaré por qué utilizando la (poderosa) herramienta del Análisis Económico del Derecho.

II. Análisis Económico del Derecho Penal

A. Introducción: Un modelo elemental

De entre las diversas lecciones normativas que se derivan del estudio económico del derecho penal,²⁴⁸ resalta por su importancia la siguiente ecuación: $M(P) > B$

Donde:

M = Multa

B = Beneficio

P = Probabilidad de que se imponga

Dicha función describe la multa óptima. Una multa se impone para disuadir conducta deplorable. Pero simplemente imponer una multa no es suficiente. Tiene que estar cuidadosamente calibrada para mandar el mensaje e incentivo correcto. De lo contrario, no sólo no cumplirá su función (disuadir), sino que bien puede tener el efecto contrario: incentivar. Me explico.

Para disuadir, *una multa debe ser superior al beneficio que la conducta reprochable arrojaría, multiplicado por la probabilidad de que la multa se imponga*. O dicho al revés: la multa —multiplicada por la probabilidad de su imposición— debe ser superior al beneficio que la conducta reprochable genera. Es decir, $M(P) > B$. Cuando dicha lección no se observa, ocurren dos resultados:

* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. (www.gdca.com.mx) Profesor de Competencia Económica, Universidad Iberoamericana. Este ensayo refleja mi opinión personal exclusivamente.

²⁴⁷ A la fecha de esta nota (agosto 2010), la modificación a la LFCE había sido aprobada por la Cámara de Diputados y estaba siendo discutida por la Cámara de Senadores. Dado el peso político detrás de la misma, es de pronosticarse que las modificaciones se aprueben.

²⁴⁸ Sobre ello, se recomienda la obra de Andrés Roemer, *ECONOMÍA DEL CRIMEN*, Noriega Editores, México, D.F., 2008.

1. **Análisis costo-beneficio:** Si la multa no es superior al beneficio esperado, es como si no existiera para efectos de su fuerza disuasiva. El malhechor prospectivo mirará el beneficio neto (el que excede costo) y, si es atractivo, llevará acabo la conducta. Si no es atractivo, no la llevará acabo. Es así de sencillo.

2. **Incentivo, lejos de desincentivo:** Cuando la actividad genera costos a terceros, si no se canalizan éstos a quienes la realizan (vía responsabilidad o multa), el resultado económico es que, lejos de *desincentivar*, se *incentiva* una actividad. El motivo: como el costo *individual* de la actividad en cuestión no refleja su costo *total*,²⁴⁹ el producto final es más ‘barato’ para quien lo produce. Está subsidiado. Y cuando algo está subsidiado,²⁵⁰ se consume más de ello.

Por ende, la gran ironía de la calibración incorrecta de una sanción es que, *lejos de disuadir, puede no sólo invitar sino incentivar que la actividad deplorable ocurra*. Y todo porque quien la confeccionó no entiende de análisis económico del derecho.

Hay quien cuestiona dicho análisis indicando que supone que el criminal es sensato. Que lleva a cabo el tipo de análisis que llevaría a cabo un economista o un hombre de negocios entrenado.

Disiento. Y para explicar porqué, deseo hacer eco de una observación de (el Premio Nobel de Economía) Gary Becker: quienes piensan que los criminales son sociopatas que actúan así porque no saben lo que hacen, están mal. De hecho, son ellos quienes no saben lo que están diciendo. El criminal es un tomador de decisiones sensato que analiza la conveniencia de hacer un delito siguiendo un análisis costo-beneficio. De hecho, todos somos así. Todo lo que hacemos (sí, ¡todo!) está guiado por este análisis, lo concienticemos o no.

B. Las sanciones de la LFCE bajo el Modelo

En el caso de la competencia económica en México, éste modelo es relevante pues actualmente B es muy superior a M , y P es muy bajo. Como resultado, las consecuencias negativas apuntadas fluyen. Las sanciones actuales no disuaden. Y probablemente incentivan la conducta deplorable deseada erradicar (las prácticas monopólicas).

A continuación justifico la aseveración.

1. B es muy superior a M

B es muy superior a M . Es decir, el beneficio de incurrir en prácticas monopólicas es muy superior a su multa— inclusive la más alta.

La aseveración contiene dos variables. Tomemos cada una por separado.

²⁴⁹ Por ‘costo total’, me refiero al costo social que impone la actividad. Ello incluye los costos que impone en terceros. Estos pueden tomar muchas formas, por ejemplo riesgos (que son un costo), la adopción de conducta subóptima (distinta a la que ocurriría en ausencia de la actividad o si existiera un mecanismo eficiente para canalizar las consecuencias a quien las genera), o simple tolerancia no remunerada (probablemente por falta de confianza en los mecanismos para recurrirla). (¿Suena familiar?) Para abundar sobre esto, véase González de Cossío, *IRRESPONSABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD*, en *ANÁLISIS Y PROPUESTA DE MEJORA AL MARCO JURÍDICO MEXICANO*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Ed. Themis, México, D.F., 2010, p. 559; también visible en www.gdca.com.mx/publicaciones.

²⁵⁰ Su precio está por debajo de su ‘valor de mercado’.

a) **Beneficio**

El Beneficio (*B*) es alto, pues las prácticas monopólicas son altamente lucrativas. Permiten obtener rentas supracompetitivas.²⁵¹ Mucho puede decirse sobre el beneficio. Y para dar una cifra tendría que ceñirme a una industria particular. En vez de hacerlo, prefiero citar lo que la OECD ha dicho con respecto a los cárteles:²⁵²

El daño económico mundial de los cárteles es claramente muy importante, aunque difícil cuantificarlo con certeza. Conservadoramente, exceder varios miles de millones de dólares por año.

[The worldwide economic harm from cartels is clearly very substantial, although it is difficult to quantify it accurately. Conservatively, it exceeds many billions of US dollars per year.]

Con una zanahoria así (miles de millones de dólares), ¿quién no estaría interesado?

b) **Multa**

Me es bajo puesto que las sanciones que actualmente contempla la LFCE, aunque aisladamente importantes, son *relativamente* pequeñas. ¿Porqué *relativamente* pequeñas? – por que, comparadas con los (enormes) beneficios, palidecen. Me explicó.

Actualmente, las sanciones por la violación a la LFCE son:²⁵³ por cometer prácticas monopólicas absolutas US\$6,754,702.19.²⁵⁴ Por incurrir en prácticas monopólicas relativas²⁵⁵ o realizar una concentración prohibida:²⁵⁶ US\$4,052,821.31. Existen otras sanciones.²⁵⁷ Me centraré en las anteriores.

Si la reforma a la LFCE se aprueba, las prácticas monopólicas **absolutas** estarán penadas con una multa equivalente al 10% de los ingresos del agente económico, y cárcel de tres a diez años;²⁵⁸ y las prácticas monopólicas **relativas** estarán sancionadas con el 8% de los ingresos del agente económico.

Compárense dichos montos con las multas que otras jurisdicciones han impuesto. Por ejemplo, en Estados Unidos las sanciones por incurrir en prácticas monopólicas son los daños que generen, inclusive multiplicados por tres. Al amparo de ello recientemente (2 agosto 2010) se emitió una multa por US\$220 millones (*United States of America v. Chi Mei Optoelectronics Corporation*), otras tantas por US\$300 millones de dólares,²⁵⁹ y ha llegado hasta US\$500 millones (*United States of America v. F. Hoffmann-La Roche LTD*, 20 mayo 1999).

²⁵¹ No es el momento para agotar la aseveración. Para ello, véase González de Cossío, *COMPETENCIA ECONÓMICA: ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2005, p. 32 *et seq.*

²⁵² OECD Reports. *FIGHTING HARD CORE CARTELS: HARM, EFFECTIVE SANCTIONS AND LENIENCY PROGRAMMES*, 2002, p. 71.

²⁵³ Todas las cifras están dolarizadas. El salario mínimo general vigente para el Distrito Federal ("*Salario Mínimo*") asciende a \$57.46. La paridad peso dólar a \$12.76 pesos por dólar de Estados Unidos de América.

²⁵⁴ Artículo 35.IV de la LFCE (1,500,000 veces el Salario Mínimo).

²⁵⁵ Artículo 35.V de la LFCE (900,000 veces el Salario Mínimo).

²⁵⁶ Artículo 35.VI de la LFCE (900,000 veces el Salario Mínimo).

²⁵⁷ En caso de reincidencia, se podrá imponer una multa hasta por el doble de la que corresponda, o hasta por el diez por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior, o hasta por el diez por ciento del valor de los activos del infractor, el que resulte más alto.

²⁵⁸ Artículo 254 bis del Código Penal Federal.

²⁵⁹ *United States of America v. Korean Airlines Co. Ltd.*, (1 agosto 2007), *United States of America v. Samsung Electronics Company Lt. and Samsung Semiconductor Inc.* (30 noviembre 2005), y *United States of America v. British Airways PLC* (23 agosto 2007).

En Europa las sanciones por incurrir en (el equivalente a las) prácticas monopólicas son de 1,000 a 1,000,000 de euros o el 10% de ventas. La sanción por el abuso de posición dominante empieza entre un millón de euros y 20 millones. Casos de abusos claros serán superiores.²⁶⁰

En la práctica, se observa un gradual pero constante incremento. Por ejemplo, en el caso *AAMS* se sancionó con 6 millones de euros, en el caso *Virgin-BA* con 6.8 millones de euros, en *Deutsch Post* con 24 millones de euros, en *Michelin* 19.76 millones de euros, en *Deutsche Telekom* 12.6 millones de euros, *Wanadoo*: 10.35 millones de euros, y *AstraZeneca* con 60 millones de euros. Recientemente se han impuesto multas por 497 millones de euros (*Deutsche Post AG*, 2001), *Telefónica* por más de mil millones de euros; y el clímax parece ser *Intel*, donde se impuso una multa por arriba de mil sesenta millones de euros.²⁶¹

Para quien considere inapropiado comparar el caso mexicano con las economías de Estados Unidos o Europa, tomaré un caso más cercano: Brasil. El día mismo en que se dio esta conferencia, la autoridad de competencia brasileña impuso una multa de mil ochocientos millones de dólares a entidades que habían incurrido en el equivalente a prácticas monopólicas absolutas en el mercado de gas.

2. Pes muy bajo

Además de que los montos en sí son inferiores, el motivo más importante es *P*: la probabilidad de que la multa se haga cumplir.

La probabilidad de que la multa se pague es baja—demasiado. El motivo: el (deplorable) estatus de la ejecución de fallos en México. Los motivos son diversos. Resalta el *tiempo* que toma obtener una sentencia y la *cantidad* de recursos para recurrir los pasos legales que deben tomarse para ejecutarla coactivamente.²⁶² (Nótese que no toco un tema importante: corrupción.)

Lo anterior no es noticia, por lo que no me explayaré. Me ceñiré a decir que, con el afán de asegurar tutela judicial, nuestro Poder Judicial ha imbuido de un enorme grado de incertidumbre a la ejecución de fallos. Como resultado, todo el sistema sufre. Todos somos menos prósperos. Todos derivamos menos utilidad²⁶³ de nuestros derechos. Ello afecta directamente el patrimonio de todo aquél al que le aplique Derecho mexicano.²⁶⁴

C. Conclusión

Entendido lo anterior, la conclusión se torna evidente: en México las prácticas monopólicas ocurren por una sencilla razón: *es sensato llevarlas acabo*. Dado lo baratas que son, y su (enorme) beneficio, sería un error de negocios no incurrir en las mismas.

Fundamentaré mi (atrevida) aseveración.

²⁶⁰ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to art 15(2) of Regulation 17 and art 65(5) of the ECSC Treaty (1988) OJ C9.

²⁶¹ Case COMP/C-3/37.990 — *Intel*.

²⁶² Me refiero al régimen de ejecución de sentencias que han causado estado. Sin embargo, la aseveración también puede hacerse con respecto su obtención. Es decir, recursos intra-procesales.

²⁶³ En su sentido económico y filosófico.

²⁶⁴ Para entender porqué, véase $D = O \times E$, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho No. 34, año 2010 (visible también en www.gdca.com.mx/publicaciones/varios). En caso de desear abundar, véase González de Cossío, *EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.

Compárense las multas impuestas en otros mercados con la multa *esperada* mexicana, que conservadoramente puede ser de US\$680,000.²⁶⁵ Un estimado más real pero aún conservador sería de US\$204,000.²⁶⁶ Una más apegada a la realidad sería US\$68,000.²⁶⁷

Conclusión: mientras que en Europa, Estados Unidos y Brasil una práctica monopólica absoluta cuesta hasta quinientos millones de dólares (EU), mil ochocientos millones de dólares (Brasil) y más de mil millones de euros (Europa), en México cuesta US\$68,000.

Comparado con los beneficios que el (atractivo) mercado mexicano ofrece, ¿quién no se coludiría en México?

III. Moraleja

Si en verdad deseamos disuadir la comisión de prácticas anticompetitivas, incrementar las multas es una condición *necesaria pero insuficiente*. El verdadero *quid* reside, no en incrementar su *quantum*,²⁶⁸ sino su *probabilidad* de ejecución. Para ello, sería conveniente:

1. Incrementar los recursos de las autoridades de competencia;
2. Hacer más expedito el régimen de ejecución de fallos. Para ello, nuestro Poder Judicial tiene que repensar todo el régimen de ejecución de los mismos para hacerlo más rápido y eficiente.²⁶⁹

De lo contrario, cuando el Estado de Derecho dista de ser eficaz, quien *en verdad* gana al incrementar las sanciones es la clase cleptocrática.

²⁶⁵ Éste monto deriva de descontar la multa por prácticas monopólicas absolutas (6.8 millones de dólares) por una probabilidad de 10%. Dicho porcentaje es conservador. He investigado el porcentaje de multas impuestas por la CFC que, a lo largo de 17 años, han sido cobradas. Aunque no existen cifras exactas, se me indica que el monto oscila en tres por ciento. Sí, ¡3%! Y se me indica que la mayoría obedece a pago voluntario. Es decir, quien ha decidido no pagar, se ha salido con la suya. Ante dicho trasfondo, una probabilidad más acertada sería muy inferior.

²⁶⁶ Si utilizamos una probabilidad de tres por ciento, dado lo descrito en el pie de página anterior.

²⁶⁷ Resultado de multiplicar la multa *ex lege* por una probabilidad de 1%. El motivo por el que me atrevo a tomar esta cifra obedece a lo descrito en los dos pies de página anteriores.

²⁶⁸ De hecho, dado todo lo anteriormente expuesto, propongo al lector que considere que si la propuesta de modificación de multas enviada por la Cámara de Diputados a la Cámara de Senadores no es aprobada, ello será evidencia de algo muy serio: que dicho órgano está capturado (en el sentido de la teoría de captura regulatoria de Stigler). Ello sería triste, pero no novedoso. Autoridades mexicanas diversas muestran síntomas de ello.

²⁶⁹ En forma relevante, considero que debemos atacar el problema de raíz. La 'eficiencia' como una fuente real de Derecho debe ser inculcada en la mente de los estudiantes de Derecho. Así lo propongo y defiendo en [LA EFICIENCIA COMO UNA FUENTE REAL DEL DERECHO](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/varios), www.gdca.com.mx/publicaciones/varios.

Análisis del Must Carry-Must Offer a la luz de la resolución de la Comisión Federal de Competencia

Por: Juan Antonio Ramírez Márquez*

Introducción

En el 2007, la Comisión Federal de Competencia²⁷⁰ ("COFECO") impuso medidas pro-competencia a Grupo Televisa como condición para poder autorizar dos concentraciones, que involucraban la compra de dos concesionarios de televisión por cable. Dentro de los requerimientos o condiciones (como los denomina la COFECO) establecidos, fue el *Must Carry - Must Offer* o deber llevar-deber ofrecer. El *Must Carry* es una obligación a las concesionarias de televisión restringida²⁷¹ para incluir en la transmisión de sus señales, televisión y audio abierta en su oferta de canales. Por el otro lado, y respecto a las concesionarias de televisión abierta,²⁷² el *Must Offer* es la obligación de ofrecer a todos los concesionarios de televisión restringida sus señales.

El *Must Carry - Must Offer* repercute en una regulación que mejora el sector de las telecomunicaciones, y en específico, la televisión abierta y televisión restringida, a través de una promoción de la competencia, ya que permite que el televidente tenga acceso a una mayor programación de canales y un precio de mercado, derivado de sano equilibrio entre las televisoras y las compañías de televisión de paga.

Cuando se escucha el término *Must Carry - Must Offer*²⁷³, puede carecer de significado práctico o desconocido para muchos y sin relación con la vida cotidiana del ser humano. No obstante cuando se profundiza en el tema observamos que en realidad tiene un gran impacto. De hecho, la industria de la televisión (en la que se incluye la abierta y la de paga) ha crecido de forma importante en los últimos años²⁷⁴. Cada vez que un individuo se encuentre

*Maestro en Derecho por la Universidad Iberoamericana. El presente artículo, manifiesta la opinión de su autor, no así la opinión de las instituciones que representa, el presente artículo no podrá considerarse como una opinión vinculante.

²⁷⁰ En términos del artículo 23 de la Ley Federal de Competencia Económica, la COFECO es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía que cuenta con autonomía técnica y operativa y tendrá a su cargo prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones. La COFECO tiene como órgano supremo de decisión un pleno integrado por cinco comisionados incluyendo al Presidente.

²⁷¹ Es la obligación por la que "Aquél por el que, mediante contrato y el pago periódico de una cantidad preestablecida y revisable, el concesionario o permisionario de una red pública de telecomunicaciones distribuye de manera continua programación de audio y video asociado." (Artículo 2 del Reglamento del Servicio de Televisión y Audio Restringidos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de febrero de 2000).

²⁷² "Aquél servicio que se presta mediante la propagación de ondas electromagnéticas de señales de audio o de audio y video asociado, haciendo uso, aprovechamiento o explotación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico atribuido por el Estado precisamente a tal servicio; con el que la población puede recibir de manera directa y gratuita las señales de su emisor utilizando los dispositivos idóneos para ello." (Artículo 2 de la Ley Federal de Radio y Televisión (LFR y TV), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1960, reformas de fecha 27 de enero de 1970, 31 de diciembre de 1974, 10 de noviembre de 1980, 11 de enero de 1982, 13 de enero de 1986, 30 de noviembre de 2000, 11 de abril de 2006, 2 de septiembre de 2008, 4 de septiembre de 2008, 19 de junio de 2009 y aclaración a sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 33/2006, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de octubre de 2007.).

²⁷³ Se debe entender al *Must Carry* como aquella obligación consistente en que las empresas de televisión de paga deberán llevar a sus usuarios canales de televisión abierta y en contraposición el *Must Offer* es la obligación de las empresas de televisión abierta en ofrecer sus canales a las empresas de televisión de paga.

²⁷⁴ Año con año la televisión atrae más audiencia, tan es así que los niños y jóvenes en 2009 vieron un mayor número de horas la televisión que en 2004, para mayor referencia ver: The Economist, *Changing the channel Television is adapting better to technological change than any other media business, says Joel Budd*, Edición 1 a 7 de mayo de 2010 The Economist, Estados Unidos, 2010. Es por ello la importancia de regulaciones en material de televisión.

viendo la Televisión, caerá en cuenta de la gran competencia que existe entre las televisoras abiertas y restringidas por captar su atención. No obstante, se requieren bases claras y legales porque de otra forma se inhibiría la competencia. De hecho lo más pernicioso para la competencia televisiva es que se llegará a la existencia de un solo canal de televisión.

Finalmente, resulta importante analizar las resoluciones que COFECO emitió a Grupo Televisa en las cuales condicionó que dicho grupo adquiriese otras empresas de televisión restringida, en la cual se contiene la condición *Must Carry – Must Offer*, pues la imposición de dicha condición, significa una regulación al sector de las telecomunicaciones, que tiene como objetivo evitar que un grupo dominante adquiera mayor poder de mercado que genere el desplazamiento de sus competidores. La condición *Must Carry – Must Offer*, ayudaría a disminuir los efectos de la asimetría en el sector de la televisión en México, pues fomentaría que aquellas empresas que tienen la infraestructura suficiente para tener acceso a los usuarios, no impidan a sus competidores dicho acceso, situándolos en igualdad de circunstancias en programación y/o difusión. Dado que la regulación en México suele ser imperfecta, a través del presente ensayo trataremos de dilucidar aquellos aspectos perfectibles que no se consideraron para la emisión de la condición *Must Carry – Must Offer*, lo cual traiga como consecuencia un beneficio para la competencia y economía del país, en el mercado de la televisión abierta y restringida.

I. Marco teórico conceptual.

I.1. *Must Carry–Must Offer*.

Es fundamental conocer las diferencias que existen entre televisión abierta y televisión restringida para entender posteriormente los conceptos *Must Carry – Must Offer*. La diferencia inicial consiste en el pago de una contraprestación por parte del usuario del servicio de televisión restringida y la gratuidad por parte del usuario de la televisión abierta. Por otro lado, la televisión abierta es regulada por la Ley Federal de Radio y Televisión y a la televisión restringida la regula la Ley Federal de Telecomunicaciones (denominada en adelante LFT²⁷⁵).

Sin menoscabo de la existencia de una convergencia tecnológica²⁷⁶, podemos advertir que en la mayoría de los casos el *Must Carry –Must Offer*²⁷⁷ no es aplicable a ambos tipos de televisión (abierta/restringida). El *Must Carry*

²⁷⁵ Cabe hacer mención que ambas leyes son de materia federal, debido a que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le consagra dicho carácter, pues los artículos 27, 28 y 73 señalan lo siguiente: Artículo 27, párrafo 4º: “Corresponde a la Nación el dominio directo de (...) *el espacio situado sobre el territorio nacional*, en la extensión y términos que fije el derecho internacional. (El artículo 1º de la LFR y Tv le otorga el carácter de norma reglamentaria del presente precepto constitucional a la LFR y Tv: “Artículo 1o.- Corresponde a la Nación el dominio directo de su espacio territorial (...).” Artículo 28, párrafo 4º: (...) “*La comunicación vía satélite* y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución, el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y *al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.*”. Artículo 73.- “El Congreso tiene facultad:(...) XVII. Para dictar leyes sobre *vías generales de comunicación*, y sobre postas y correos, para expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal.”. De igual manera, los artículos 5º de la LFT y 8º de la LFR y Tv (normas reglamentarias del artículo 27 y 28 constitucional) señalan que serán de jurisdicción federal, las vías generales de comunicación y la radio y televisión: Artículo 5.- “*Las vías generales de comunicación* materia de esta Ley y los servicios que en ellas se presten son de *jurisdicción federal.*” (El artículo 4º señala lo que se entiende por vías generales de comunicación siendo estas: “el espectro radioeléctrico, las redes de telecomunicaciones y los sistemas de comunicación vía satélite.”. Artículo 8o. “*Es de jurisdicción federal todo lo relativo a la radio y la televisión.*”.

²⁷⁶ Esta convergencia permite la prestación de varios servicios por un mismo medio. La convergencia se puede definir como el proceso mediante el cual dos o más productos o servicios que previamente se ofrecían utilizando diferentes tecnologías, ahora son ofrecidos con la misma tecnología. Este proceso de convergencia es fomentado por el desarrollo tecnológico que resulta en nuevas economías de alcance (*economies of scope*); es decir, que hace más eficiente ofrecer dos productos o servicios juntos que previamente se ofrecían por separado, utilizando la misma tecnología. Ten Kate, Adriaan, *et al*, *La Convergencia entre Telecomunicaciones, Medios de Comunicación e Informática Implicaciones para la Competencia y la Regulación*, Gaceta de Competencia Económica, Año 1 Núm. 2 (Septiembre-Diciembre, 1998), Comisión Federal de Competencia, México, 1998, p.25.

opera para la televisión restringida y el *Must Offer* opera para la televisión abierta. No obstante, consideramos que dichos servicios son complementarios para un mejor desarrollo de la competencia, pues dependiendo el caso, el contar con canales de televisión abierta en su programación o la distribución de los canales de televisión abierta a través de un sistema de paga, puede otorgar una ventaja competitiva e inclusive poder de mercado²⁷⁸ a quien tuviese injerencia en ambos.

Para una mayor claridad y simplicidad de la condición *Must Carry –Must Offer*, sírvase observar los siguientes ejemplos: (i) *Must Carry*. Suponiendo que “TV-A”, fuera una nueva concesionaria de televisión abierta, por tanto su “Canal 3” aún no tiene gran audiencia y “Cablera A” fuera la concesionaria de Tv restringida, con mayor número de suscriptores en una región o a nivel nacional, el que “Canal 3” esté en la programación de “Cablera A” le ayudaría a tener una mayor audiencia. En este supuesto, la condición *Must Carry* significa, que “Cablera A” deberá llevar o tener dentro de la programación que ofrece a sus suscriptores, bajo ciertas condiciones, “el canal 3” (ii) *Must Offer*. Una concesionaria de Tv abierta “TV-A”, realiza la transmisión de un canal de Tv abierta “Canal 3, dicho canal tiene gran audiencia nacional. De igual manera, una concesionaria de Tv restringida “Cablera A”, requiere del “canal 3” para competir en el mercado de Tv restringida. En este caso, la condición *Must Offer* significaría que “TV-A”, deberá ofrecer bajo ciertas condiciones a “Cablera A” el “Canal 3”.

Por otro lado, la Ley Federal de Telecomunicaciones no establece por sí misma temas de competencia económica. Para ello hay que acudir a la Ley Federal de Competencia Económica²⁷⁹ (en adelante denominada LFCE), que permite analizar de forma preventiva o reactiva temas de libre concurrencia y proceso de competencia en los mercados. Así la LFCE faculta a COFECO para aplicar medidas *ex ante*²⁸⁰ y *ex post*²⁸¹ con la finalidad de proteger

²⁷⁷ Con base en la resolución CNT-48-2006 y la doctrina (Michael, Vita. y John Wiegand, *Must carry, Regulations for Cable Television Systems: An economic Policy Analysis*, Journal of Broadcasting & Electronic Media, Estados Unidos, 1993, p.1) se realiza la siguiente definición, *Must Carry* es: *aquella obligación por medio de la cual un concesionario o permisionario de televisión restringida, deberá llevar los contenidos de las señales de televisión abierta perteneciente a la localidad en donde el concesionario puede prestar los servicios; y Must Offer es: aquella obligación mediante la cual un concesionario o permisionario de televisión abierta deberá ofrecer sus contenidos o señales a cualquier concesionario de televisión restringida que se los solicite..*

²⁷⁸ Para un mejor entender sirva el presente ejemplo: Una empresa de tv abierta obtiene más ganancias mientras más audiencia tenga y una forma de obtener mayor audiencia es estando disponible en un mayor número de televisores, por lo cual el que sus canales formen parte de la programación de una empresa de tv restringida con gran número de suscriptores, puede generarle una mayor audiencia. En contraste una empresa de tv restringida mientras más suscriptores tenga mayores son sus ganancias, por lo tanto el contar en su programación con los canales más vistos, significará un mayor número de suscriptores. Por lo anterior, ante una negativa de servicio o tarifas altas por parte del canal más visto o la empresa con mayor número de suscriptores, quienes sí tengan esos servicios tendrán una ventaja y quienes no podrán quebrar, otorgando poder de mercado al que se mantenga.

²⁷⁹ Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992, Última reforma publicada DOF 28-06-2006 y Declaración de invalidez de artículos por Sentencia de la SCJN DOF 12-07-2007.

²⁸⁰ Respecto a las facultades *ex ante*, podemos mencionar las siguientes: la autorización de concentraciones, la determinación de poder sustancial en un mercado relevante, así como la incorporación de medidas pro competencia o la calificación de la participación de un agente económico en una licitación de bienes de dominio.

²⁸¹ Respecto a las facultades *ex post* podemos señalar las referentes a la persecución de prácticas monopólicas (existiendo dos tipos: a) las absolutas, acuerdos entre competidores o acuerdos horizontales: “implican un acuerdo entre empresas que operan en el mismo nivel de la cadena de producción o distribución (Velasco San Pedro, Luis, *Derecho Europeo De La Competencia, Antitrust e Intervenciones Públicas*, Lex Nova, España, 2005, p. 176.), b) las relativas o acuerdos verticales: aquél convenio que celebran dos firmas que se encuentran en niveles diferentes de producción o distribución o aquellas que son realizadas por un solo agente económico, cfr. Pinkas Flint, Blanck, *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701, legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*, Fondo Editorial PUCP, Perú, 2002, p. 240. La gran diferencia entre las absolutas y las relativas, es que las absolutas son sancionadas por sí mismas bajo la “Per Se Rule”. En el asunto *National Soc. of Professional Engineers v. U.S.*, 435 U.S. 679 (1978), la Suprema Corte de los Estados Unidos, señaló la existencia de dos categorías en el análisis de una práctica anticompetitiva, una *per se* perniciosa y una que requiere un análisis de las razones, los hechos y las restricciones del negocio, aplicable a las relativas, dentro de la “regla de la razón” en la que se define el mercado relevante y el poder que tiene el demandado dentro del mercado determinado”. Reflexiones comparativas de la Ley Federal de Competencia Económica La

el proceso de ²⁸²competencia²⁸³, la libre concurrencia²⁸⁴ o libertad de comercio²⁸⁵, a través de la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios. Dado esas facultades, COFECO emitió las resoluciones de concentración Corporativo Vasco de Quiroga²⁸⁶ y Paxia^{287, 288}, con el objeto de prevenir la creación o mantenimiento de abuso de poder sustancial²⁸⁹ o monopolios o la realización de prácticas monopólicas, que se pudieran derivar de las concentraciones²⁹⁰ y que, en consecuencia, afectarán el proceso de competencia y libre concurrencia.

II.2. Concentraciones Paxia y Corporativo Vasco de Quiroga.

Las concentraciones Paxia y Corporativo Vasco de Quiroga son²⁹¹ concentraciones horizontales^{292, 293} por parte de Grupo Televisa, las cuales significaron la adquisición de dos cableras más por parte de Grupo Televisa^{294, 295}.

regla per se y la regla de la razón, García, Rodríguez, Sergio, *Estudio en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, Serie I. Estudios Económicos, Núm. 24. Universidad Nacional Autónoma de México. 1994, p. 50.

²⁸² De acuerdo con el *Glosario de economía industrial y derecho de la competencia*, OCDE-Mundi Prensa, 1995, p.34, Competencia significa: "Situación del mercado en la que empresas o vendedores, que actúan con total independencia, se esfuerzan por atraer clientes para alcanzar un objetivo comercial preciso y expresado en términos de beneficios, de volumen de ventas o de cuotas de mercado."

²⁸³ El proceso de competencia lo podemos definir como el conjunto de etapas, en el cual los oferentes de productos o servicios luchan por conseguir clientes, con la finalidad de alcanzar un beneficio comercial.

²⁸⁴ Barrera Graf, Jorge, *Libre Concurrencia, Competencia Desleal y Monopolios, Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio, t.1*, México, UNAM, 1988, p. 51.

²⁸⁵ Esta libertad la encontramos en el artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁸⁶ Resolución de la Comisión Federal de Competencia (COFECO) de fecha 28 de septiembre de 2006, por medio de la cual Corporativo Vasco de Quiroga (filial de Grupo Televisa) adquirió el 50% de las acciones representativas del capital social de la concesionaria para prestar el servicio de televisión restringida en Monterrey, Nuevo León, Televisión Internacional, S.A. de C.V., identificado bajo el expediente CNT-48-2006.

²⁸⁷ Resolución de fecha 8 de agosto de 2007, por medio de la cual Paxia, S.A. de C.V. solicitó autorización a COFECO respecto de la compra del 49% de las acciones de la concesionario de red pública de telecomunicaciones, para prestar el servicio de televisión restringida: Cablemás, S.A. de C.V., identificada bajo el expediente CNT-18-2007.

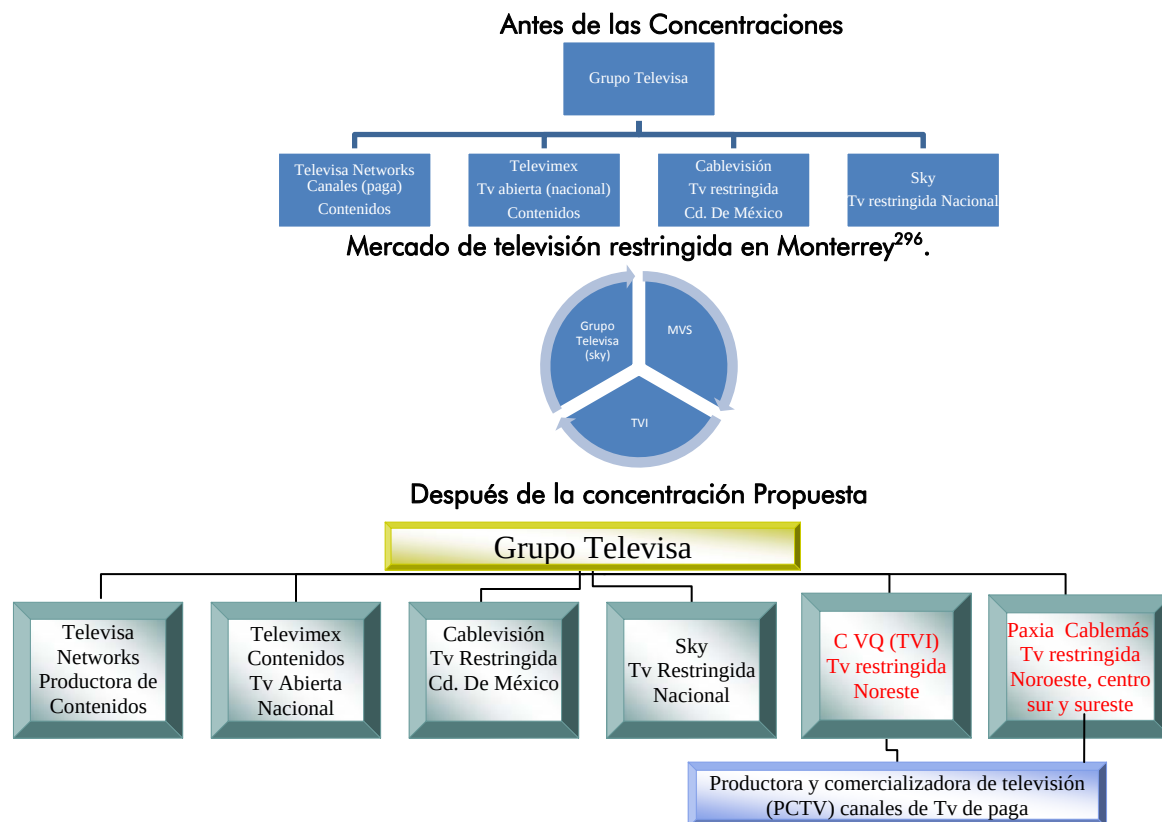
²⁸⁸ Dado el monto de las concentraciones propuestas por Grupo Televisa, de conformidad con el artículo 20 de la LFCE, Grupo Televisa notificó a COFECO las concentraciones, con la finalidad de que COFECO las autorizará. No obstante, de conformidad con los artículos 19 fracción I de la LFCE y 17 del RLFCE, si con las concentraciones, Grupo Televisa puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto o desplazar a competidores y/o realizar una práctica monopólica, COFECO está facultada para negar la concentración o sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de condiciones.

²⁸⁹ La capacidad que tiene un agente económico en el mercado relevante de imponer sus condiciones sobre los demás competidores. Véase, Moguel Gloria, Martín, *Criterios del Poder Judicial de la Federación sobre Competencia Económica*, en Comisión Federal de Competencia, *La primera Década de la Comisión Federal de Competencia*, Comisión Federal de Competencia, México, 2003, p. 255.

²⁹⁰ Cabe mencionar que un análisis similar que se realiza para la determinación de mercado relevante y poder sustancial en las PMR es necesario en las concentraciones, es decir que la autoridad deberá realizar "el análisis costo-beneficio, en el cual se pondera el costo por la pérdida en competencia y se compara con la ganancia en eficiencia derivada de la práctica.". Sánchez Ugarte, Fernando, *Análisis Económico de la Legislación Federal de Competencia Económica*, en Comisión Federal de Competencia, *Competencia Económica en México*, Comisión Federal de Competencia, México, 2004, p.20.

²⁹¹ La doctrina económica y jurídica distingue tres tipos de concentraciones: las horizontales, las verticales y los conglomerados. Santos, Luis, *Algunas consideraciones en torno a las reformas a la Ley Federal de Competencia Económica en materia de concentraciones*, en Roldán Xopa, José y Mena Labarthe, Carlos, (coord.), *Competencia Económica, Estudios de Derecho, Economía y Política*, Porrúa, México, 2007, p. 134.

²⁹² "Son aquellas en las que participan empresas que venden o prestan los mismos productos o servicios iguales o similares en la misma área geográfica." Peredo Rivera, Amílcar, *Competencia económica, Teoría y práctica*, Porrúa, México, 2004, p.274.



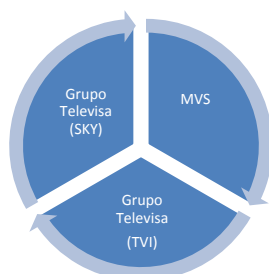
Mercado de Tv restringida en Monterrey después de la Concentración Propuesta.

²⁹³ Dos efectos que no derivan de las concentraciones verticales son: después de la concentración el mercado tiene un agente menos y el agente post-concentración tendrá una participación de mercado más grande. González de Cossío, Francisco, *Competencia Económica, Aspectos jurídicos y económicos*, Porrúa, México, 2005, p. 238.

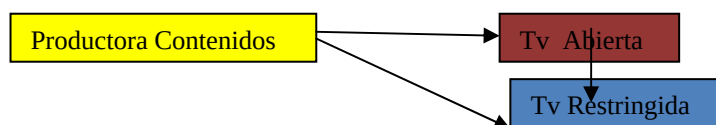
²⁹⁴ Derivado de esta concentración se podría asumir que las cableras incorporadas a Grupo Televisa, no competirían entre sí, con lo cual se elimina la competencia entre ellas. Cfr. Rockefeller, Edwin, *The Antitrust Religion*, Cato Institute, Estados Unidos, 2007, p. 66.

²⁹⁵ En las tablas se observan el cómo se encontraba la estructura de Grupo Televisa antes de las concentraciones y cómo se intentaba que quedaría la estructura después de las concentraciones, con lo cual se podrá observar la necesidad de la regulación *Must Carry – Must Offer* en el sector de las telecomunicaciones en México.

²⁹⁶ Para un mejor entender, se pone el ejemplo del mercado de televisión restringida en la ciudad de Monterrey, con la finalidad que se observe que antes de la concentración existían tres participantes en dicho mercado que llevaba a una participación, hipotética, en el mercado de 30-30-40, pero con la concentración propuesta por Grupo Televisa, se reduciría el número de participantes a dos con una participación 70-30.



Para un mejor entender de los efectos anticompetitivos, que se podrían generar con las concentraciones solicitadas por Grupo Televisa, procedemos a mostrar un diagrama de flujo de la cadena productiva de los servicios de televisión.²⁹⁷



Antes de las concentraciones citadas, Grupo Televisa ya contaba con concesionarias de televisión abierta, de televisión restringida y productoras de contenidos, pero en caso de darse las concentraciones podría acarrear una adquisición de un mayor poder de mercado²⁹⁸ por parte de Grupo Televisa en los servicios de televisión en el país, que podría desencadenar efectos anticompetitivos en los mercados de Tv restringida y abierta²⁹⁹.

A criterio de la COFECO, las concentraciones referidas podrían significar que Grupo Televisa fije precios unilateralmente y restrinja el abasto³⁰⁰, y por ello, COFECO condicionó la operación en las concentraciones Paxia y Corporativo Vasco de Quiroga³⁰¹ exigiéndole a Grupo Televisa otorgar en condiciones no discriminatorias y que no desplacen indebidamente ni impidan sustancialmente el acceso al mercado en términos de lo dispuesto por la LFCE, a las empresas de tv restringida que se lo soliciten, un convenio en el que otorguen el derecho a retransmitir de forma simultánea los canales de tv abierta de Grupo Televisa. Así, cuando se lo solicite una empresa de tv abierta a

²⁹⁷ En donde las productoras de contenidos proveen ya sea canales o programas a las empresas de Tv abierta o restringida y de igual manera las empresas de Tv abierta le proveen canales a las empresas de Tv restringida. Productoras de contenidos significan: Aquellas empresas que crean programas de entretenimiento para ser transmitidos en canales televisivos.

²⁹⁸ Dicho poder sería porque con las dos concesionarias que Grupo Televisa pretendió adquirir, adquiriría presencia en las ciudades de Monterrey y Guadalajara que después de la Ciudad de México (en la cual ya tiene presencia) son las localidades del país con el mayor número de usuarios de televisión restringida y al contar con el único concesionario de televisión restringida con cobertura nacional en el país, sería Grupo Televisa el único prestador de televisión restringida en las 3 localidades con mayor número de usuarios de televisión restringida. Aunado a que en el sector de las telecomunicaciones existen barreras a la entrada como es el requerir una concesión, permiso o autorización para prestar el servicio de televisión abierta o restringida, que en televisión restringida por cable la cobertura de señales es restringida territorialmente y los altos costos de inversión en infraestructura para prestar los servicios de televisión.

²⁹⁹ Al tener Grupo Televisa participantes en los tres rubros de la cadena productiva, Grupo Televisa podría restringir la provisión de canales de Tv abierta a otras empresas de Tv restringida y/o restringir la adquisición de canales de empresas de Tv abierta competidoras, por parte de sus empresas de Tv restringida, con lo cual estaría otorgando ventajas a las empresas de Tv restringida y abierta del Grupo, afectando al proceso de competencia.

³⁰⁰ Concentración Paxia CNT-18-2007, p. 3.

³⁰¹ Tomamos en cuenta sólo las condiciones contenidas en el recurso de reconsideración identificado bajo el expediente RA-29-2006, por considerarlas como la resolución final por parte de COFECO en lo que a *Must Carry-Must Offer* refiere, sin menoscabo que Grupo Televisa cumplió con la condición *Must Carry-Must Offer* para que le fuera autorizada la concentración, actualmente Grupo Televisa se encuentra combatiendo ante el poder judicial el recurso de reconsideración, así como una multa impuesta por COFECO por no dar cumplimiento a la condición *Must Carry-Must Offer*.

Grupo Televisa, deberá retransmitir de manera no discriminatoria en términos de lo dispuesto por la LFCE y a la totalidad de sus suscriptores del servicio de tv restringida las señales de televisión abierta de la localidad de sus suscriptores o tratándose de tv restringida con cobertura nacional mediante el sistema satelital (DTH) deberá retransmitir los canales que tengan un 80% de territorio nacional de cobertura³⁰².

II. Legalidad de *Must Carry-Must Offer*.

II.1. Aspectos legales.

Antes de abordar los aspectos legales de las concentraciones, consideramos necesario señalar sus efectos competitivos, así como los efectos competitivos de las reglas *Must Carry - Must Offer*, tal como a continuación se señala:

i) Las concentraciones horizontales, como es el caso de Grupo Televisa y Corporativo Vasco de Quiroga o Paxia, pueden consistir en un otorgamiento de beneficios a cambio de exclusividad y una posible discriminación de precios³⁰³ o denegación de trato³⁰⁴ lo cual afectaría la competencia.³⁰⁵ Al adquirir Grupo Televisa empresas de televisión restringida con amplia participación de mercado en el noreste, centro y sur del país, Grupo Televisa tendría poca competencia en dichas localidades que podría afectar la competencia y al consumidor, ante una mala calidad en los servicios o altos precios de los mismos.

ii) Sin una regulación *Must Carry - Must Offer* los agentes con poder sustancial o que tienen un recurso esencial³⁰⁶,³⁰⁷,³⁰⁸, al estar integrados en forma horizontal con los que en este caso pudieran ser sus competidores, fácilmente

³⁰² En otras palabras significa que Grupo Televisa deberá permitir a aquellas empresas de tv restringida la retransmisión de canal 2, 4, 5 y 9, y las empresas de tv por cable de Grupo Televisa deberán retransmitir las señales de los canales de televisión abierta que se transmitan en la localidad(es) donde tienen cobertura y SKY® deberá retransmitir las señales de aquellos canales que tenga cobertura del 80% de territorio nacional i.e. Tv azteca, canal 22, canal 11, etc.

³⁰³ Ten Kate, Adriaan, *La Eficiencia Económica en el Análisis de Competencia*, en Comisión Federal de Competencia, *Competencia Económica en México*, Comisión Federal de Competencia, México, 2004, p.1.

³⁰⁴ Sirva de ejemplo en lo que a negación de trato en radiodifusión se refiere al caso de la *National Collegiate Athletic Association "NCAA"*, en el cual dicha asociación con la finalidad de incrementar sus ganancias, determinó que solamente sus programas podrían ser transmitidos por dos televisoras. Ello conllevó a una negación de trato por parte de la NCAA que significó un desplazamiento indebido de los demás competidores de dichas televisoras. Ante esta acción la Suprema Corte de los Estados Unidos determinó que dicho acto de la NCAA traería como efectos la alza en precios, las bajas ganancias de los competidores y una afectación para el consumidor, Shenefield, John y Stelzer, Irwin, *The Antitrust Laws: A Primer*, Segunda Edición, American Enterprise Institute, Estados Unidos, 1996, p.47.

³⁰⁵ Cabe diferenciar que en la discriminación de precios es factible económicamente llevar la transacción, debido a que sólo se aplicarían diferentes condiciones o precios a personas en similares circunstancias y en la denegación de trato la transacción es imposible. Ledesma Uribe, Bernardo y Hernandez Arroyo, Federico, *Las Prácticas Monopólicas Relativas y su Tipificación en la Ley como Infracciones Administrativas*, en Roldán Xopa, José y Mena Labarthe, Carlos (coord.), *Competencia Económica: Estudios de Derecho, Economía y Política*, Porrúa, México, 2007, p.231.

³⁰⁶ Para definir un recurso esencial se requieren dos mercados relacionados que suelen llamarse "aguas arriba" y "aguas abajo" (upstream y downstream) o bien producto intermedio y producto final. En esta estructura, una empresa está presente en ambos mercados y otra empresa sólo en el downstream. La empresa downstream requiere adquirir de la empresa integrada un insumo indispensable, pero ésta puede negar o limitar su adquisición. Paredes Pérez, Víctor, *Redes de infraestructura y competencia*, Comisión Federal de Telecomunicaciones, Gaceta de Competencia Económica, Año 2, Núm. 3, enero-abril 1999, México, p.22.

³⁰⁷ Ahora bien, en lo que a telecomunicaciones se refiere recurso esencial significa: los recursos de una red pública de telecomunicaciones de transporte o de servicios que: (a) son exclusivamente o predominantemente suministradas por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y (b) no pueden ser fácilmente sustituidas económica o técnicamente para poder suministrar un servicio. (Cuarto Protocolo (Documento de referencia), relativo a la lista de compromisos específicos de México ante la Organización Mundial del Comercio.).

³⁰⁸ Cabe mencionar que en México, "los canales de televisión abierta tienen características de los recursos esenciales para los operadores de televisión restringida". Estavillo Flores, María, *Contenidos y Competencia en los mercados de la Televisión*, en Ojeda, Luis, et al (coord.), *Propiedad Intelectual y Competencia Económica*, Porrúa/ITAM, México, 2010, p. 181.

realizarían una discriminación de precios³⁰⁹ y por consiguiente un mal uso de los recursos esenciales lo cual podría generar un estado monopolístico^{310, 311}. Los accesos al usuario de servicios de telecomunicaciones son altamente costosos, pues se requiere una gran inversión en infraestructura y en ciertos casos, el uso de un recurso natural finito como lo es el espectro radioeléctrico, por ello resulta necesario que el gobierno emita resoluciones en las cuales evite que aquellos agentes con accesos, puedan discriminar por precio a sus competidores con la finalidad de desplazarlos del mercado;

iii) Si la regulación *Must Carry – Must Offer* se basa en tarifas justas y razonables³¹² y no en tarifas basada en costos³¹³, nos encontraríamos en un abuso de poder por parte de las televisoras, pues el empleo de tarifas basadas en costos limitaría la discriminación de precios, al centrar la competencia en los precios ofrecidos al usuario final³¹⁴ y no en los precios provistos entre los competidores. El concepto “justo y razonable” en el derecho mexicano resulta subjetivo, pues se determina dependiendo del lado en que uno se encuentre, ante este hecho y con la finalidad de generar una competencia, las tarifas que se cobren entre los competidores para tener acceso a los usuarios no deben ser altas y excesivas, para evitar altos costos en la prestación de los servicios, que genere pérdidas, lo que a la postre signifique un desplazamiento de competidores por un abuso en la posición dominante.

iv) Al no existir reglas claras de operación respecto a los competidores, como sería el *Must Carry – Must Offer*, los dominantes hacen una determinación de metodologías de costos incierta, abusando por consiguiente de su posición de mercado y en consecuencia obteniendo beneficios tendientes a una discriminación por precios³¹⁵. El principio rector de las telecomunicaciones en México es la libertad tarifaria, sin embargo, esto es frente al consumidor, no así entre competidores por el derecho de acceso a recursos esenciales³¹⁶, por ello el gobierno deberá establecer una metodología de costos, en la que los competidores se cobren lo estrictamente necesario, para que no llegar frente al usuario con un déficit competitivo;

³⁰⁹ La discriminación de precios ocurre cuando “un vendedor obtiene diferentes tasas de retorno por la venta de un mismo producto a diferentes proveedores o mercados”, González de Cossío, Francisco, *Discriminación de precios, dumping y depredación: tres disciplinas, un fenómeno económico*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año 39, no. 115, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 129.

³¹⁰ Ello debido a que al ser poseído el recurso esencial por un dominante, el hecho de una mala administración de la misma, conjuntado a un abuso de su poder, puede desplazar de tal forma la competencia, que se convierta en un monopolio.

³¹¹ Bork, Robert, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, Estados Unidos, 1978, p.240.

³¹² Duesterberg, Thomas y Gordon, Kenneth, *Competition and Deregulation in Telecommunications, The Case for a New Paradigm*, Hudson Institute, Estados Unidos, 1997, p. 26.

³¹³ Dentro de la barreras de entrada natural en las telecomunicaciones están los costos hundidos, lo cual es diferente al concepto de tarifas basadas en costos, pues el primero se refiere a aquellos costos invariables que no pueden ser recuperados una vez terminado el negocio (Keat, Paul y Young, Philip, *Managerial economics: economic tools today's decision maker 4a ed.*, Pearson Education, Estados Unidos, 2004, p. 37) y las tarifas basadas en costos se refiere a aquellas tarifas lo necesariamente desagregadas con la finalidad de que quien provea el servicio no necesite pagar, costos extras a los necesarios para que el servicio le sea suministrado Idem. Ref. 40.

³¹⁴ Hirsch, Werner, *Law and Economics, An introductory Analysis*, Tercera Edición, Academic Press, Estados Unidos, 1999, p.288.

³¹⁵ Allison, John y Thomas, Dennis, *Telecommunications Deregulation: Market Power and Cost Allocation Issues*, Quorum Books, Estados Unidos, 1990, p. 173.

³¹⁶ En aras de una libre concurrencia y tratándose de recursos esenciales, consideramos no son aplicables las ganancias por una doble demanda de servicios o *two-sided market*, (Entiéndase por *two-sided markets* aquellos mercados en donde un mismo servicio es provisto a dos usuarios diferentes, tal sería el caso de los canales de televisión abierta que son provistos a los televidentes y a los concesionarios de televisión por paga) sino que todos los participantes en el mercado de la televisión en México, deberán obtener ganancias considerables sólo por el acceso al usuario final y no por conceder el uso de recursos esenciales.

v) Con la regulación *Must Carry – Must Offer* se buscaría evitar un desplazamiento de competidores³¹⁷, ante la negación de trato, que se da por la imposición de tarifas altas entre competidores por un servicio, con lo cual decrecería el poder obtenido por los dominantes debido a la falta de regulación en el sector³¹⁸. Las ganancias que se obtienen en el sector de las telecomunicaciones son de una gran cuantía, por lo tanto, para algunas empresas aún con costos altos en la provisión de servicios se obtendrían ganancias, sin embargo, para los nuevos competidores altos costos iniciales para la prestación de servicios por falta de regulación tarifaria, generaría ante la imposición de tarifas altas, un desplazamiento en el mercado.

vi) De no existir una regulación *Must Carry – Must Offer*, no solamente la competencia sino el consumidor se ve afectado, pues se está impidiendo al consumidor que tenga acceso a otros servicios a un costo asequible³¹⁹ y, en consecuencia, se les está otorgando a los dominantes los incentivos para alterar los términos y condiciones bajo los cuales ponen a disposición de sus consumidores sus servicios³²⁰. Ante la existencia de pocos competidores en la televisión abierta y restringida en México, los participantes buscan a cargo del consumidor, obtener las mejores ganancias al menor costo, por ello la existencia de una regulación *Must Carry – Must Offer* permitiría que los consumidores recibieran la misma programación pero a diferentes precios, calidades y servicios de valor agregado, lo cual generaría que el consumidor eligiera a su proveedor de televisión restringida con base en dichas diferencias.

Tal como lo determinó la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso (*Turner Broadcasting System, Inc. v FCC*), la legislación *Must Carry* fue designada primordialmente para defender a las estaciones radiodifusoras de conductas anticompetitivas de las cableras³²¹; sin embargo, en México, tales conductas anticompetitivas podrían ser realizadas más por parte de las radiodifusoras³²², gozar presumiblemente de poder de mercado que genere incentivos que tengan como objeto el desplazar a sus competidores, en consecuencia, para evitar tales conductas, una de las acciones regulatorias necesarias en México es la regulación *Must Carry – Must Offer*, la cual permita que aquellas empresas que no cuentan con poder de mercado en la televisión abierta o restringida, pueda tener acceso a mayores clientes y usuarios y con ello no competir en acceso sino en servicios y calidad.

II.2. Aspectos constitucionales.

Una vez analizados los efectos anticompetitivos que ocasionaría el no tener *Must Carry – Must Offer*, analizaremos la constitucionalidad de la condición impuesta por COFECO.

El artículo 28 Constitucional es la base de la LFCE, sin embargo, en la Constitución Política no se contiene expresamente la facultad de la COFECO para sancionar o prohibir las concentraciones en el contexto de la LFCE,

³¹⁷ Niutta, Andrea, "Errare Humanum est, sed Perseverare in Errore..." *La Delimitazione del Mercato Geografico Rilevante da Parte dell'Autorità Garante nella Decisione Relativa alla Concentrazione Telecom/Intesa*, Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, Año XCVI, Nos. 9-10/11-12, Septiembre-Diciembre, Italia, 1998, p. 310.

³¹⁸ Mariscal, Judith, *Telecommunications Reform in Mexico from a Comparative Perspective*, Latin American Politics and Society, vol. 46, No. 3, Estados Unidos, 2004, p. 86.

³¹⁹ CFR. García Alba Iduñate, Pascual, *Regulación y Competencia*, en Comisión Federal de Competencia, *Competencia Económica en México*, Comisión Federal de Competencia, México, 2004, p. 24.

³²⁰ Tovar Landa, Ramiro, *Política de Competencia y Regulación en el Sector Telecomunicaciones*, en Comisión Federal de Competencia, *Competencia Económica en México*, México, 2004, p.3.

³²¹ Lopatka, John y Vita, Michael, *The Must-Carry Decisions: Bad Law, Bad Economics*, Supreme Court Economic Review, Vol. 6, The University of Chicago Press, Estados Unidos, 1998, p. 61.

³²² Para lo cual se requeriría el Must Offer. Cabe hacer mención que en Estados Unidos la proporción entre televidentes de tv abierta y de tv restringida es muy semejante, inclusive en algunas zonas de Estados Unidos algunas compañías de televisión restringida o productoras de contenidos, tienen más poder que las televisoras abiertas, cuestión diferente que en México, por ello no se puede aplicar de forma exacta en México lo planteado en el caso Turner.

pues la Constitución, señala la prohibición de los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos.

Ahora bien, el hecho que la Constitución prohíba monopolios y prácticas monopólicas y no haga expresamente referencia a las concentraciones, no significa que la LFCE sea inconstitucional³²³. Así de conformidad con el principio de reserva de ley, podemos observar que la definición de concentración señalada en la LFCE, así como su reglamentación proviene de lo señalado en la Constitución, por lo cual no podremos aducir de inconstitucional la facultad de la COFECO en sancionar, prohibir y/o determinar condiciones en las concentraciones.

Si bien es cierto, nuestro alto tribunal³²⁴ ha determinado que la COFECO está facultada para establecer condiciones necesarias en las concentraciones para salvaguardar la competencia y libre concurrencia, así como determinar las condiciones y parámetros en que se van a imponer dichas condiciones, de igual manera ha restringido las condiciones a que deben estar directamente vinculadas a la corrección de los efectos de la concentración³²⁵. Bajo tal tenor, se puede señalar que genéricamente la imposición de condiciones por parte de COFECO resulta constitucional³²⁶, pero esto no significa que todas las condiciones que imponga resulten constitucionales, pues se debe analizar vis a vis la existencia de vínculo entre la corrección de los efectos de la concentración y la condición impuesta.

Así las cosas, respecto a las concentraciones Paxia y Corporativo Vasco de Quiroga, consideramos que la condición *Must Carry – Must Offer* impuesta por COFECO tuvo como objeto llenar una laguna en la regulación en telecomunicaciones, tendiente a evitar que un agente económico obtuviese mayor poder de mercado³²⁷. No obstante, la condición impuesta por COFECO tuvo como efecto, no sólo aspectos de competencia económica, sino también invadir la regulación existente en el sector de las telecomunicaciones y la prestación de servicios de telecomunicaciones, así como expedir disposiciones administrativas en telecomunicaciones, facultades conferidas a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes “SCT” y a la Comisión Federal de Telecomunicaciones “COFETEL”³²⁸,

³²³ Bajo este contexto es que la SCJN ha analizado la constitucionalidad de la LFCE, tal y como se observa en la tesis: Registro No. 186053 Localización: Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Septiembre de 2002 Página: 254 Tesis: 1a. LXIV/2002 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional, Administrativa, *Competencia Económica. El Congreso de la Unión está facultado explícitamente por la Constitución Federal para legislar sobre la materia de monopolios y, por ende, al expedir la ley federal relativa, no invade la esfera competencial de las entidades federativas.*

³²⁴ Véase. Registro No. 167766 Localización: Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIX, Marzo de 2009 Página: 400 Tesis: 1a. XXXVI/2009 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional, Administrativa, *Competencia Económica. El artículo 16, fracciones I y VI, del Reglamento de la ley federal relativa respeta el principio de Seguridad Jurídica (legislación vigente hasta el 12 de octubre de 2007).* Registro No. 167768 Localización: Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIX, Marzo de 2009 Página: 399 Tesis: 1a. XXXIV/2009 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional, Administrativa, *Competencia Económica. El artículo 16, fracciones I y VI, del reglamento de la ley federal relativa no transgrede el principio de Subordinación Jerárquica (legislación vigente hasta el 12 de octubre de 2007).*

³²⁵ Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIX, Marzo de 2009 Página: 400, Tesis: 1a. XXXVI/2009, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Administrativa, *Competencia Económica. El artículo 16, fracciones I y VI, del reglamento de la ley federal relativa respeta el principio de seguridad jurídica (legislación vigente hasta el 12 de octubre de 2007).*

³²⁶ Al estar contenidas en un reglamento que cumple con el artículo 89 fracción I y al concedérsele a las concentrantes la garantía de audiencia y legalidad.

³²⁷ De igual manera con el *Must Carry – Must Offer*, consideramos se busco mitigar las barreras a la entrada en el sector de las telecomunicaciones, pues la inexistencia de barreras a la entrada y de beneficios excesivos (regulatorios, monetarios, etc.) fomentaría una competencia perfecta en el sector de las telecomunicaciones y por consiguiente un beneficio para el consumidor.

³²⁸ En términos del artículo 9-A de la Ley Federal de Telecomunicaciones, la COFETEL es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes que cuenta con autonomía técnica, operativa, de gasto y de gestión, encargado de regular, promover y supervisar el desarrollo eficiente y la cobertura social amplia de las telecomunicaciones y la radiodifusión en México. La COFETEL tiene como órgano supremo de decisión un pleno integrado por cinco comisionados incluyendo al Presidente.

de conformidad con la LFT y LFR y TV, por lo que el actuar de COFECO en la determinación de la condición, podría convertir a la condición *Must Carry – Must Offer*, como inconstitucional³²⁹ derivado del exceso de facultades por parte de COFECO³³⁰.

Esto no significa que COFECO, no está facultado para condicionar la autorización de una concentración en empresas de telecomunicaciones, sino que en el caso de las concentraciones Paxia y Vasco de Quiroga, COFECO debió, con la emisión de la condición: i) Evitar la invasión de facultades³³¹; ii) Coordinarse con la COFETEL para la determinación de la condición³³²; y iii) evitar violar el principio de legalidad³³³. Al no haberlo hecho, estaríamos hablando que tanto el agente económico como terceros relacionados a la condición³³⁴, podrían acudir ante el poder judicial a defender sus derechos, consiguiendo la revocación de la condición *Must Carry – Must Offer* y al encontrarse impedida COFECO de emitir una regulación *Must Carry – Must Offer* por falta de facultades, los beneficios que se pudieron adquirir con la condición *Must Carry – Must Offer* serían perdidos.

La condición impuesta por COFECO, no es técnicamente una condición desde el punto de vista civil. La obligación condicional es aquella que para su existencia depende de una resolución o acontecimiento futuro e incierto³³⁵. Las condiciones de COFECO son hechos futuros, ciertos y conocidos que impone COFECO a los agentes concentrantes con la finalidad de autorizar una concentración. Las “condiciones” puramente potestativas, en sentido técnico, son nulas y, al ser en todo caso impuestas por COFECO deben ser llamadas requerimientos o sanciones, impuestas por COFECO a efecto de autorizar una concentración³³⁶.

En el mismo orden de ideas, el numeral I del artículo 17 del RLFCE³³⁷ que sirvió de fundamento a COFECO para la creación de la “condición” *Must Carry – Must Offer*³³⁸, es un “cajón de sastre”³³⁹ o facultad arbitraria, pues deja a la

³²⁹ Quinta Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XXIX, Tesis: Página: 669, Genealogía: Apéndice 1917-1985, Octava Parte, Común, segunda tesis relacionada con la jurisprudencia 68, página 114. *Autoridades administrativas, facultades de las.*

³³⁰ Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1995, Tomo: VI, Parte SCJN, Tesis: 100, Página: 65, *Autoridades. Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite.*

³³¹ Si bien es cierto, tiene como facultades la COFECO el determinar condiciones para autorizar una concentración, COFECO determinó como condición, aspectos que tiene como objeto regular una parte del sector de las telecomunicaciones, lo cual es facultad de la COFETEL.

³³² Está contemplado en la fracción III del artículo 24 de la LFCE.

³³³ Supremacía de la norma jurídica general (la ley) por encima de las disposiciones eventualmente arbitrarias, aunque no necesariamente injustas. Stammler, Rudolf, *Filosofía del Derecho*, Roces, Wenceslao (trad.), Reus, Madrid, 1930, p.112.

³³⁴ Para mayor referencia respecto de los derechos de terceros que tiene respecto de las concentraciones, Véase. Guerrero Rodríguez, Omar, y Pons Mestre, Ricardo, *Derechos de terceros afectados en los procedimientos ante la Comisión Federal de Competencia*, en Roldán Xopa, José y Mena Labarthe, Carlos, (coord.), *Competencia Económica: Estudios de Derecho, Economía y Política*, Porrúa, México, 2007, pp.384-391.

³³⁵ Véase, artículos 1988 y 1999 del Código Civil Federal que indica que dichas condiciones serán puramente potestativas.

³³⁶ La diferencia sustancial entre requerimiento o sanción y condición es el límite, pues la condición refiere a que cada parte se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, por lo que las condiciones (suspensivas o resolutivas) a imponerse entre las partes son ilimitadas y desconocidas, pero el requerimiento o sanción debe ser conocido y provenir de una lista finita.

³³⁷ Artículo 17.- Las condiciones que la Comisión podrá establecer a los agentes económicos, en términos de la fracción I del artículo 19 de la Ley, podrán consistir en: I. Llevar a cabo una determinada conducta, o abstenerse de realizarla (...).

³³⁸ Entre lo impuesto por COFECO a Grupo Televisa para celebrar las concentraciones Paxia y Corporativo Vasco de Quiroga, se basó en la imposición de cierta conducta, el *Must Carry- Must Offer*.

³³⁹ Consideramos “cajón de sastre”, pues las posibilidades que tiene COFECO en crear una “condición” son infinitas, pero como se mencionó al ser en realidad una sanción o restricción a la libertad debe estar limitada y reglada.

discrecionalidad de COFECO determinar qué condición o conducta se deberá realizar para que COFECO autorice la realización de una concentración³⁴⁰. En consecuencia, de conformidad con los principios de legitimidad y seguridad jurídica³⁴¹ y bajo el criterio de *Nulum crimen, nula poena, sine lege*,³⁴² la condición *Must Carry – Must Offer* sería violatoria de la Constitución, al no estar definida en ningún ordenamiento jurídico, lo cual significaría que Grupo Televisa estaría en facultades de invocar tal violación y tener como resultado el que no les fuera impuesto el *Must Carry - Must Offer*.³⁴³

II.3. ¿Resolución o ley?

En México, desde los años 90's se han emitido en materia de telecomunicaciones varios ordenamientos legales aplicables a las telecomunicaciones, los cuales han sido ordenamientos generales, ordenamientos especiales de aplicación general a un tipo de concesionario o un servicio y ordenamientos específicos aplicables a un grupo reducido de concesionarios. Sin embargo, en materia de competencia económica, sólo se ha emitido la LFCE y su reglamento con sus respectivas reformas (ordenamiento general) y resoluciones (aplicables a un agente económico en específico), lo cual ha generado una falta de especialización en competencia económica en lo que a mercados regulados³⁴⁴ se refiere.

Así las cosas, las concesiones en materia de telecomunicaciones, ya sea para televisión abierta o televisión restringida, son de competencia federal y otorgadas para la prestación del servicio en una zona de cobertura

³⁴⁰ Si bien es cierto, COFECO puede alegar que la determinación del *Must Carry- Must Offer* fue con base en la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados (lo cual permite una interpretación de la ley en busca de una solución justa), en nuestra interpretación dicha argumentación sería contestada como incorrecta, ante la aplicación del principio de tipicidad, el cual exige la prevención expresa en actos de privación.

³⁴¹ Al ser en realidad las condiciones impuestas por COFECO sanciones sujetas a un proceso de imposición de sanción.

³⁴² Al respecto el poder judicial ha señalado que COFECO sólo debe de autorizar o rechazar la realización de una concentración y no podrá imponer sanciones o condiciones, pues para la imposición de estas deberá realizar un procedimiento para imposición de sanciones. Véase, Registro No. 165321 Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, Febrero de 2010 Página: 2806 Tesis: I.17o.A.14 A Tesis Aislada Materia(s): Administrativa; *Competencia Económica. Al resolver el procedimiento para llevar a cabo la concentración de Agentes Económicos, la Comisión Federal De Competencia no puede imponer las condiciones a que se refiere el artículo 19, fracción i, de la ley federal relativa (legislación vigente hasta el 28 de junio de 2006)*; Registro No. 165320 Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, Febrero de 2010 Página: 2806 Tesis: I.17o.A.13 A Tesis Aislada Materia(s): Administrativa; *Competencia Económica. Características y etapas del procedimiento de sanción por infracción o contencioso previsto en el artículo 33 de la ley federal relativa, vigente hasta el 28 de junio de 2006.*; y Registro No. 165319 Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, Febrero de 2010 Página: 2808 Tesis: I.17o.A.11 A Tesis Aislada Materia(s): Administrativa; *Competencia Económica. La resolución que se dicte en el procedimiento para llevar a cabo la concentración de Agentes Económicos previsto en el artículo 21 de la ley federal relativa, vigente hasta el 28 de junio de 2006, sólo comprende la determinación relativa a su autorización o negativa, sin que pueda imponer sanciones o condiciones.*

³⁴³ Caso semejante fue el artículo 10 fracción VII de la LFCE (anterior a las reformas del 2006), que no especificaba la conducta sobre la cual recaería la sanción y al respecto el poder judicial determinó que era violatorio a las garantías de legalidad y seguridad jurídica, tal como se puede observar en la siguiente tesis: Registro No. 181772 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX, Abril de 2004 Página: 256 Tesis: P. XII/2004 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional, Administrativa. *Competencia Económica. El artículo 10, fracción VII, de la ley federal relativa, al no especificar la conducta sobre la cual recaerá la sanción que prevé, viola las garantías de Legalidad y Seguridad Jurídica previstas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.* Véase, Ledesma Uribe, Bernardo y Guerrero Rodríguez, Omar, *Breves notas sobre la inconstitucionalidad del artículo 10 fracción VII de la LFCE*, El Foro. Decimotercera época, Tomo XVII. Número 1, Primer Semestre, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., México, 2004, pp. 81-94.

³⁴⁴ Nos referimos a Mercados Regulados a aquellos sectores económicos o actividades económicas en las que es necesario contar con una concesión, permiso o autorización por parte del Gobierno Federal para poder prestar servicios u ofrecer bienes, lo anterior se desprende del artículo 33 (Dirección General de Mercados Regulados) del reglamento interior de la COFECO, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de noviembre de 2006.

determinada, tanto a nivel nacional o regional³⁴⁵, dependiendo de varios factores: i) El medio por el que se transmiten³⁴⁶; ii) La capacidad económica del concesionario; iii) Su inversión; iv) Las necesidades de la población, etc. Entre los medios de transmisión de las señales podemos señalar que en México dichos medios alcanzan una cobertura nacional³⁴⁷.

Aunado a lo anterior, cabe mencionar que las concesiones para la prestación del servicio de televisión abierta tienen una vigencia de hasta 20 años³⁴⁸, y las de ³⁴⁹televisión restringida tienen una vigencia de hasta 30 años. En consecuencia, por tratarse de recursos esenciales, altos costos de inversión, larga duración de las concesiones y refrendo de concesiones, la entrada de nuevos competidores en los mercados de la televisión abierta y la televisión restringida en México, podría ser incierta³⁵⁰. Una vez, aclarado que la televisión abierta y televisión restringida en su regulación son de ámbito general, nacional y federal, menester es una regulación integral para dichos servicios, para el bienestar nacional y evitar una contradicción de criterios o dificultades de aplicación de la regulación.

Por lo cual, no basta con la emisión de una resolución de COFECO que contenga las condiciones *Must Carry – Must Offer*, que sólo sea aplicable a Grupo Televisa, para resolver la falta de competencia en los mercados de televisión, sino que es necesario la creación o reforma de ordenamientos legales de aplicación general, para regular y sancionar a las prestadoras de servicios de televisión. Ello promoverá una mejor competencia en dicho sector. En nuestro concepto es necesaria la creación de una disposición administrativa que regule la condición *Must Carry – Must Offer*, así como ³⁵¹para que dicho ordenamiento no pudiera considerarse inconstitucional, se requiere la reforma de varias normas secundarias, tal como a continuación se sugiere:

(I) A la LFT se deben realizar las siguientes reformas: Artículo 9-A. (...) XI. Registrar las tarifas de los servicios de telecomunicaciones; establecer obligaciones específicas, relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información incorporando criterios sociales y estándares internacionales, a los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones que tengan poder sustancial en el mercado relevante,” y *autorizar la imposición de requisitos o condiciones para la realización de concentraciones*³⁵², “de conformidad con la Ley Federal de Competencia Económica;”

³⁴⁵ En una generalidad la concesión para prestar el servicio de televisión por cable es otorgada para un población en específico, sin embargo dado que se puede detentar más de una concesión, el conjunto de ellas podría generar una cobertura nacional.

³⁴⁶ En una generalidad los vías de transmisión son: cable, microondas y satélite o DTH (por sus siglas en ingles, *Direct to Home*).

³⁴⁷ Consideramos que al ocupar gran parte de las poblaciones nacionales, ambas televisiones son de carácter nacional

³⁴⁸ “Artículo 16. El término de una concesión será de 20 años” “Declarado inválido por sentencia de la SCJN a Acción de Inconstitucionalidad DOF 20-08-2007, (en cuanto al término “de 20 años”) en consecuencia se deberá usar la terminología “hasta por”, la LFR y Tv de 1960 en su artículo 16 contemplaba un duración que no excedería de 30 años.

³⁴⁹ De conformidad con el artículo 27 de la LFT: “Las concesiones sobre redes públicas de telecomunicaciones se otorgarán por un plazo hasta de 30 años y podrán ser prorrogadas hasta por plazos iguales a los originalmente establecidos.”, sin embargo en lo que respecto a concesiones sobre bandas de frecuencia se otorgarán por un plazo hasta de 20 años (Art.19 LFT), en concesiones otorgadas antes de la LFT se regían por la Ley de Vías Generales de Comunicación publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de febrero de 1940, la cual contemplaba serían otorgadas por un plazo que no excedería de 50 años (Art. 374 LVGC) y respecto a bandas de frecuencias las concesiones serán por un plazo hasta de 20 años (Art 19 LFT).

³⁵⁰ Cabe mencionar, que en México no han existido nuevos participantes en los últimos años.

³⁵¹ Lo anterior es de conformidad con el principio de subordinación jerárquica, para mejor referencia véase: Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV Mayo de 2007, Tesis: P/J, 30/2007, Página: 1515, *Facultad Reglamentaria, Sus Límites*.

³⁵² La finalidad de esta reforma sería el crear una reglamentación dual, cuando se refiera a concentraciones en materia de telecomunicaciones, lo cual generaría un mejor aprovechamiento de las concesiones y recursos en materia de telecomunicaciones.

(II) Artículo 44. (...) I. Permitir a concesionarios y permisionarios que comercialicen los servicios y capacidad que hayan adquirido de sus redes públicas de telecomunicaciones," *así como, cuando se lo soliciten otros concesionarios y/o permisionarios de radiodifusión y/o telecomunicaciones la transmisión, retransmisión o conducción de señales a usuarios*³⁵³;

(III) A la LFR y Tv se debiera realizar la siguiente reforma: Artículo 60.- (...) *Los concesionarios y permisionarios a que se refiere esta ley, cuando se lo soliciten otros concesionarios y/o permisionarios de servicios de telecomunicaciones deberán permitir la transmisión, retransmisión o conducción de las señales de sus estaciones de radio y televisión, lo anterior de conformidad con las disposiciones administrativas que se emitan al respecto, siendo facultad de la Comisión Federal de Telecomunicaciones vigilar el cumplimiento de dicha obligación*³⁵⁴.

(IV) A la LFCE se debe realizar la siguiente reforma, la cual se contiene en negritas: Artículo 19.- (...) I.- Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones *o requisitos que se establezcan en el reglamento de la Ley o que fije la Comisión en un disposición administrativa de carácter general, tratándose de mercados regulados se deberá observar lo señalado en el reglamento de la Ley*³⁵⁵; y

(V) Al reglamento de la LFCE se debe realizar la siguiente reforma, la cual se contiene en negritas: Artículo 17.- ³⁵⁶(...) La Comisión no puede imponer condiciones que no estén directamente vinculadas a la corrección de los efectos de la concentración. Las condiciones que se impongan debe guardar proporción con la corrección que se pretenda, *aunado a lo anterior en el caso de mercados regulados*³⁵⁷, *dichas condiciones o requisitos deberán guardar proporción con las disposiciones legales aplicables, así como, cuando sea aplicable, obtener opinión por parte del órgano regulador del mercado regulado que se trate*³⁵⁸, *de las condiciones a imponer.* (...).

Aunado a lo anterior, debemos recalcar que la reforma a los ordenamientos legales citados, así como la creación de nuevos ordenamientos, no es la panacea regulatoria, tal como en capítulos subsecuentes demostraremos. Las telecomunicaciones tanto a nivel nacional como mundial, han significado la creación de monopolios naturales, y en consecuencia, una falta de competencia, por lo que, tanto COFECO como COFETEL tienen una actividad reguladora intensa en dicho mercado.

III. - Reglamentación *Must Carry-Must Offer*.

III.1. Asimetría, trato discriminatorio y tarifas; principios para el *Must Carry-Must Offer*.

La condición *Must Carry – Must Offer* que impuso la COFECO a Grupo Televisa no fue un aspecto novedoso a nivel internacional, sino que es a consecuencia de las tendencias internacionales³⁵⁹ para regular la competencia

³⁵³ Con esta reforma se permitiría el regular por parte de COFETEL el *Must Carry*.

³⁵⁴ Surge la obligación de las radiodifusoras de conceder el *Must Offer* y de COFETEL en regularla.

³⁵⁵ Al tratarse de mercados regulados, los que se refieren a sectores estratégicos de la nación o servicios públicos, se debe guardar conexión con los entes reguladores de dichos mercados para crear una regulación correcta, aunado a que deberá estar contenido en la ley para que se contemple en el reglamento.

³⁵⁶ Se deberá establecer una lista finita de las condiciones o requisitos que puede exigir COFECO y no "las demás", con la finalidad de evitar tener un "cajón de sastre", En consecuencia se recomienda conceder a COFECO la facultad para establecer la condición *Must Carry- Must Offer*.

³⁵⁷ Aquellos que sea necesario para la prestación u oferta de servicios y bienes, la obtención de concesión, permiso o autorización por parte del Gobierno Federal y tenga una regulación especial.

³⁵⁸ Se norma la condición de mercados regulados contenida en la reforma propuesta a la LFCE.

³⁵⁹ De los países miembros de la OCDE, México y Turquía no contienen por lo menos la obligación *Must Carry* (cfr. Aguilar Barceló, José, *El estado actual de las telecomunicaciones en México: la regulación que no llega*, lce: Infraestructuras: Transportes e industrias de red, número 808, México, 2003, p.130.). Por otro lado, si se observa a las regulaciones *Must Carry* mundiales existe una gran semejanza con la impuesta por COFECO, siendo así a manera de ejemplo en EEUU la *Telecommunications Act 1992* y la *Cable Television Consumer Protection and*

económica y las telecomunicaciones. Bajo tal tenor, procederemos a analizar varios aspectos, que consideramos necesarios para que se dé una regulación eficiente de *Must Carry – Must Offer* en México.

El primer concepto a analizar es la ³⁶⁰simetría que se observa en los mercados. Esto se refiere a que existen agentes en condiciones similares y que son tratados en condiciones iguales. Dicho de otra forma, la simetría nos habla del principio de “igualdad jurídica”, el cual contempla dos aspectos,³⁶¹ i) Un ideal igualitario; y ii) Un principio de justicia. Es así que bajo el principio de justicia, la igualdad jurídica significa tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Ello nos lleva a observar “una regla que enuncia la obligación de tratar de cierta manera a todos los seres de una categoría determinada”³⁶². Entonces la asimetría en contraposición a la simetría, significa que existen agentes económicos con algún tipo de superioridad (ya sea en infraestructura, en servicios, en poder económico, etc.) que afectan la libre competencia o el proceso de competencia, lo cual impide una competencia justa.³⁶³

La asimetría en el sector de las telecomunicaciones no sólo existe por la privatización del monopolio de Estado, (hecho que se dio con retraso en México, pues mientras en Estados Unidos se dio la privatización en telefonía en los años 80’s con la escisión de AT&T³⁶⁴ en México se dio hasta la década de los 90’s^{365, 366}) sino que también se refiere la asimetría a la existencia de pocos competidores en un mercado con barreras a la entrada, como es el caso la televisión abierta en México que aunado a una penetración de 1 suscriptor de tv restringida por 10 televidentes de tv

Competition Act of 1992, donde se establece la obligación de retransmisión de Tv local, Tv cultural y de baja potencia previo consentimiento, en la Unión Europea. Si bien es cierto “es opcional y se puede establecer una remuneración económica”, (García Requena, Roberto, *Retransmisión de contenidos audiovisuales*, en González Luna Bueno, Federico, *et al* (comp.), *La regulación de las telecomunicaciones*, Miguel Ángel Porrúa, 2007, México, p. 335.). Cada país decide la obligación de transmisión a las redes para la difusión de programas (Directiva del Servicio Universal), tan es así que en Alemania el que ofrezca tv restringida debe ofrecer canales en alemán, en otro idioma y de televisión abierta, así como ofrecer multimedia lo que “le permite a las personas comunicarse usando medios integrados: Audio, video, texto, gráficos, facsímil y telefonía”. (Lazo, Luis y Ardois, Daisy, *Diccionario de Telecomunicaciones*, Flatiron Publishing Inc., Primera Edición, Estados Unidos, 1995, p.844.). De no cumplir se le multa hasta con 500 mil euros y en España todos los licenciarios deben transmitir Radio Televisión Española, de lo contrario se les revoca su licencia.

³⁶⁰ Parkin, Michael y Esquivel, Gerardo, *Microeconomía*, Pearson Educación, 2004, México, p. 114.

³⁶¹ Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo V (I-J)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, p. 15.

³⁶² Perelman, Chaim, *De la Justicia*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1964, p. 55.

³⁶³ La idea de competencia es participar en igualdad de condiciones por lo que dicha asimetría es un factor existente en el sector de las telecomunicaciones.

³⁶⁴ Con esto se buscó promover la competencia o lo que se le pudiera llamar principios compensatorios competitivos. Cfr. Sánchez Rodríguez, Antonio, *Derecho de las Telecomunicaciones Nuevo Derecho y Nuevo Mercado*, Dykinson, España, 2002, pp. 35-36.

³⁶⁵ En lo que respecta a Televisión abierta no se dio un monopolio de Estado, pues fue en la década de los 50’s que el presidente Miguel Alemán, con el Decreto que fija las Normas a que se Sujetarán en su Instalación y Funcionamiento las Estaciones Radiodifusoras de Televisión, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de febrero de 1950) “se dedicó básicamente a normar aspectos técnicos sin crear controles reales a los concesionarios y, sin promover la fundación de televisoras públicas, lo cual al paso del tiempo es comprensible porque el presidente Alemán buscaba fortalecer el grupo que dominó la industria radiofónica desde 1930 con la XEW, que fue la punta de lanza del actual consorcio llamado Televisa, en el que la familia Alemán continúa teniendo participación accionaria.” Berruero García, Adriana, *La Postración del Estado ante los Concesionarios de la Radiodifusión (1960-1993)*, en Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (coord.), *Régimen Jurídico de la Radio, Televisión y Telecomunicaciones en General. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, p.52.

³⁶⁶ Lo anterior sin adentrarse en los beneficios o perjuicios obtenidos con la privatización de Telmex. “Privatización sin atender a una buena regulación será costos para el consumidor” Wallsten, Scott, *An Econometric Analysis of Telecom Competition, Privatization, and Regulation in Africa and Latin America*, The Journal of Industrial Economics, Vol. 49, No.1, Estados Unidos, 2001, p.17

abierta³⁶⁷ se acentúa la existencia de una asimetría entre la tv abierta y la tv restringida, lo que hace necesario la creación de reglas generales que busquen eliminar la asimetría del sector de las telecomunicaciones,³⁶⁸ como es el caso del *Must Carry – Must Offer*.

El segundo factor a analizar es el trato discriminatorio entre competidores³⁶⁹, que impide la libre concurrencia y libre competencia en el mercado, pues de darse el trato discriminatorio podría existir una colusión entre competidores con el fin de desplazar a otro competidor, al no otórgale el mismo trato. De no existir en la regulación *Must Carry – Must Offer* la prohibición de otorgar trato discriminatorio a sus competidores, Televisa y TV Azteca, que cuentan con empresas de telefonía, televisión restringida, televisión abierta³⁷⁰, pueden otorgar a empresas que integran su grupo un trato benéfico y con ello obtener mayores ganancias y desplazar a sus competidores al darles un trato menos favorable.

Otro aspecto importante a considerar para la regulación *Must Carry – Must Offer* es el aspecto de las tarifas³⁷¹ que cobrarían las empresas por permitir la retransmisión de sus señales.³⁷² Al respecto, cabe mencionar que el artículo 60 de la LFT establece que “los concesionarios y permisionarios fijarán las tarifas en los servicios de telecomunicaciones³⁷³” (principio de libertad tarifaria), principio que a primer vista podría contraponerse con el principio tarifas basadas en costos³⁷⁴, pero al aplicar los principios de la LFT de forma armónica³⁷⁵, se determina

³⁶⁷ Löffler, Udo, *Concentración económica en el sector de los multimedios: estudio comparado*, Contribuciones, Año XIV, No. 1, Argentina 1997, p. 198.

³⁶⁸ Brito Anderson, Rafael, *Poder Sustancial y Regulación Asimétrica*, en González Luna Bueno, Federico, et al (comp.), *La Regulación de las Telecomunicaciones*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007, p.247.

³⁶⁹ Un ejemplo de trato discriminatorio sería que Grupo Televisa ofreciera entre sus empresas de televisión restringida, sus canales de televisión abierta a un costo bajo y a las empresas de televisión restringida que no pertenezcan al grupo un costo mayor, con lo cual sus costos se elevarían, teniendo como consecuencia un menor número de usuarios, derivado de una franca desventaja y distorsión al proceso de competencia y libre concurrencia.

³⁷⁰ Apreza Salgado, Socorro, *Concentración de medios de comunicación versus pluralismo informativo externo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, pp.74 y 75.

³⁷¹ Consideramos que la palabra aplicable al *Must Carry – Must Offer* es tarifa, pues a diferencia de las demás protecciones de derechos de autor contenidas en la Ley Federal de Derechos Autor y su reglamento, la retransmisión (emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión.) Carrillo Toral, Pedro, *El derecho Intelectual en México*, Plaza y Valdés, México, 2002, p.53., se refiere a la prestación de un servicio concesionado o permisionado (Artículo 139 LFDA). En consecuencia, nos estamos refiriendo a un servicio público concesionado regulado por la COFETEL y la LFT y/o la LFR y Tv. Consideramos aplicable la definición del real diccionario de la lengua española, “tarifa: El precio unitario fijado por las autoridades para los servicios públicos realizados a su cargo” y no así el concepto de regalía sin menoscabo de ser “un modo de pactar el precio que puede darse en diversos contratos y no exclusivamente en los derechos de propiedad industrial” Farina, Juan, *Transferencia de tecnología, Derechos Intelectuales*, N° 5, Astrea, Argentina, 1991, p.261. Al señalar que la palabra correcta es tarifa y no regalía, no se está violentando ninguna disposición legal, sino que se está encaminando el uso de la palabra de acuerdo a la regulación aplicable al caso.

³⁷² El Artículo 8 del Reglamento de la Ley Federal de Derechos Autor señala que el concepto de regalía es “la remuneración económica generada por el uso o explotación de las obras, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas, videogramas, libros o emisiones en cualquier forma o medio” y la Ley Federal de Derechos Autor a contrario sensu señala que se generaría el pago de regalías cuando se retransmita las señales con fines de lucro LFDA “Artículo 150.- No se causarán regalías por ejecución pública cuando concurren de manera conjunta las siguientes circunstancias (...) III. No se retransmita la transmisión recibida con fines de lucro, y (...)”.

³⁷³ Aplicado de igual manera a la radiodifusión.

³⁷⁴ Con el establecimiento de tarifas basadas en costos, tanto quien presta el servicio como el que permite la retransmisión de las señales obtendrían ganancias, además de obtener servicios a un menor costo y mejor calidad, consiguiendo con ello una sana competencia y beneficio al consumidor.

³⁷⁵ Dentro de estos principios existen los económicos que se contienen en el artículo 7 de la LFT que dispone “La presente Ley tiene como objetivos (...) fomentar una sana competencia entre los diferentes prestadores de servicios de telecomunicaciones a fin de que éstos se presten con mejores precios, diversidad y calidad en beneficio de los usuarios, (...)”.

que la libertad tarifaria no impide la aplicación de tarifas basadas en costos con las cuales las partes involucradas en la regulación y el usuario se vean beneficiadas justamente.

III.2. Autoridad competente, suficiencia del marco regulatorio, efectos anticompetitivos sin *Must Carry-Must Offer* y reglas *Must Carry-Must Offer*.

Después de haber observado los tres principios claves que requiere una regulación *Must Carry – Must Offer* (asimetría, trato discriminatorio y tarifas basadas en costos), tenemos que analizar si es que México tiene una autoridad competente, una definición estricta de las facultades de COFETEL y COFECO, y un marco regulatorio suficiente para poder regular el *Must Carry – Must Offer*.

Nuestra Carta Magna establece en su artículo 28 lo siguiente: “Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora”. Con ello se deduce que los derechos de autor (retransmisión de señales por radiodifusoras³⁷⁶) son derecho de explotación exclusiva que no son considerados monopolios y, en consecuencia, las radiodifusoras³⁷⁷ tienen el derecho³⁷⁸ de prohibir la retransmisión de sus señales³⁷⁹.

Sin embargo, consideramos que lo anterior no significa una contradicción legal que permita a los poseedores de los derechos de autor, (radiodifusoras) abusar de su posición dominante o de monopolio legal o mejor dicho de su monopolio intelectual³⁸⁰, para desplazar a sus competidores y en consecuencia que sus competidores no puedan defenderse contra tal situación³⁸¹. La Carta Magna no sólo habla de la prohibición a los monopolios, sino que señala además la prohibición de prácticas monopólicas; por lo tanto, el gozar de un derecho de autor que permita la prohibición de retransmisión de señales, no significa el tener un salvo conducto, por medio del cual las radiodifusoras puedan afectar el proceso de competencia y libre concurrencia. Pues la competencia económica no regula los monopolios intelectuales, sino que vigila casuísticamente su uso y efecto^{382, 383}.

³⁷⁶ Existen tres tipos de transmisión de programas a través de la televisión por cable: de la televisión de pago, transmisión modificada de programas de otras entidades emisoras y retransmisiones simultáneas inalteradas e íntegras de emisiones radiofónicas dentro de la zona de cobertura del emisor de origen y a través de organismo distinto de éste” es la tercera la que se refiere a la protección de la LFDA. Erdozain Lopez, José, *Las Retransmisiones por Cable y el Concepto de Público en el Derecho de Autor*, Aranzadi, España, 1997, p. 35.

³⁷⁷ Existe la teoría del ánimo que se refiere a que “para que tenga lugar la ruptura de la unidad del acto de radiodifusión debe haber un acto de explotación distinto. Esto es que se trate de un acto de explotación de la obra distinto al de la emisión de origen, estaremos ante un acto por el cual el distribuidor deberá pagar los correspondientes derechos de autor.” Ante tal situación señalaremos que si bien es cierto es la misma señal, al referirse la tv restringida al pago de un servicio, hablamos de una diferente explotación de las señales, por consiguiente deberá haber una remuneración económica por tal acto. Abada, Salah, *La transmission per satellite et la distribution par câble et le droit d’auteur*, DdA, Francia, 1989, p. 310.

³⁷⁸ “Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir: (...) III. La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por: a) Cable, b) Fibras ópticas, c) Microondas, d) Vía satélite, o e) Cualquier otro medio conocido o por conocerse. (...)”.

³⁷⁹ “Los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de autorizar o prohibir respecto de sus emisiones: I. La retransmisión, (...)”.

³⁸⁰ Es el que se refiere al derecho que tiene el creador respecto de su idea (derechos de autor) Boldrin, Michele y Levine, David, *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2008, p.9.

³⁸¹ Perez Miranda, Rafael, *Propiedad Industrial y Competencia en México: Un enfoque de Derecho Económico*, Porrúa, México, 1999, p. 165.

³⁸² González de Cossío, Francisco, *Competencia Económica y Propiedad Intelectual ¿Complementarios o Antagónicos?*, Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, N°. 37, México, 2007, p. 188.

³⁸³ En la Unión Europea, se ha considerado, que sin menoscabo del derecho que tienen los titulares de un derecho de propiedad intelectual en decidir como explotar estos derechos, sus acciones deberán estar de acuerdo al proceso de competencia y libre concurrencia, de lo contrario podría estar realizando un abuso de su posición dominante o un abuso del artículo del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o Tratados de Roma de 1957 (actualmente artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en vigor desde el 1 de diciembre de

Derivado de las últimas reformas que se dieron a la LFT y a la LFR y TV, se consiguió una convergencia con el regulador³⁸⁴ tanto de la radiodifusión como de las telecomunicaciones, lo cual no podemos negar que ayuda a una mejor regulación del *Must Carry – Must Offer*. Sin embargo, aún se requiere una homologación de criterios y políticas públicas para asegurar un desarrollo congruente de las redes de telecomunicaciones³⁸⁵, a través de una coordinación entre COFETEL y COFECO³⁸⁶. Sin la coordinación y homologación de criterios, no se daría una regulación actualizada, además que se impediría el desarrollo de la competitividad del sector, esto sin menoscabo de la posible violación de autonomías entre COFETEL y COFECO, ante la existencia de una facultad³⁸⁷ difusa, laxa y compartida por ambas dependencias. Por lo que el correcto actuar de dichas dependencias debiera ser en un total coordinación, en donde COFECO promueva “³⁸⁸las libertades económicas fundamentales relacionadas con el libre acceso y la posibilidad de competir en los mercados” y COFETEL regule el mercado de las telecomunicaciones, inclusive en lo que respecta a la sana (libre) competencia³⁸⁹ del sector, siendo entonces COFECO quien impusiera las condiciones para autorizar una concentración, en coordinación con COFETEL en el sector de las telecomunicaciones y COFETEL emitiera las resoluciones administrativas que permitiera la imposición de condiciones de COFECO.

Hoy se requiere que COFETEL intervenga para contrarrestar los privilegios que tienen las radiodifusoras respecto de las operadoras de televisión restringida³⁹⁰, pues a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos³⁹¹, en México los operadores de televisión restringida no tienen el poder de mercado para negar a las radiodifusoras que sus programas sean transmitidos en su programación. Al tener la televisión abierta una mayor penetración en México, las radiodifusoras sí tienen el poder de mercado para negar a las operadoras de televisión restringida la

2009), el cual establece qué será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. En ejemplo tenemos la sentencia del tribunal de justicia europea de fecha 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comisión, denominada “Magill” (asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. p. I-743), en la cual se determinó el abuso de posición dominante por la negativa a conceder el acceso a la información protegida por derechos de propiedad intelectual sobre horarios de programas de televisión, dado que esta información era una aportación imprescindible para que una empresa pudiese competir en el mercado de las revistas de programas de televisión.

³⁸⁴ El transitorio cuarto del decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 2006, estableció que las atribuciones de la Dirección General de Sistemas de Radio y Televisión, que anteriormente era la que vigilaba la televisión abierta en México, a los 30 días naturales a partir de la entrada en vigor de este Decreto, serán ejercidas por la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

³⁸⁵ Soria Gutiérrez, Gerardo, *Convergencia Tecnológica e Integración del Derecho*, en González Luna Bueno, Federico, *et al* (comp.), *La Regulación de las Telecomunicaciones*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007, p.234.

³⁸⁶ Gallegos Toussaint, Rodrigo, *La Falta de una Comisión Reguladora de las Telecomunicaciones de Clase Mundial, un Freno a la Competitividad*, Este País. Tendencias y Opiniones, No. 180, México, 2006, p.33.

³⁸⁷ Aguilar Álvarez de Alba, Javier, *La Autonomía de la Comisión*, en Comisión Federal de Competencia, *La Primera Década de la Comisión Federal de Competencia*, Comisión Federal de Competencia, México, 2003, p.199.

³⁸⁸ Informe preparado por el Grupo Trabajo sobre Abogacía, *Abogacía por la Competencia*, Conferencia Anual de la Red Internacional de Competencia (RICE), Italia, 2002, p.36.

³⁸⁹ Consideramos mal empleado el vocablo sana competencia, debiendo ser libre competencia como se emplea en España, pues sano refiere a salud, seguridad o sin errores, debiendo ser en el contexto deseado libre competencia, pues está se refiere a la conjunción de varios agentes en un mercado. Carlón Ruiz, Matilde, *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo, No. 102, Abril-Junio, España, 1999, p. 239.

³⁹⁰ Flores Ramírez Gerardo y García Requena, Roberto, *Política Global de Apertura de las Telecomunicaciones*, en González Luna Bueno, Federico, *et al* (comp.), *La Regulación de las Telecomunicaciones*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007, p. 61.

³⁹¹ Ídem Ref. 86, p. 333.

retransmisión de sus señales, y por ello es necesaria una regulación *Mo*³⁹². Ante la emisión del acuerdo de convergencia³⁹³ con el cual Teléfonos de México podría prestar video (televisión) con una cobertura nacional³⁹⁴, resulta necesaria una regulación *Must Carry*, pues si Telmex prestase televisión restringida, dado su infraestructura y su poder económico sí podría negar a las radiodifusoras que sus programas sean transmitidos en su programación.

Antes de señalar cuáles son las reglas que se debieran tener en México para el *Must Carry – Must Offer*, las cuales debieran estar realizadas con fundamento en el fracción primera del Artículo 89 Constitucional³⁹⁵, consideramos que las reglas *Must Carry – Must Offer* debieran buscar los siguientes efectos³⁹⁶: a) Competencia.- Que existan más operadores y mejores precios para los usuarios, b) Beneficio social.- Tal cómo se señala en la LFR y Tv la televisión busca un beneficio social que es educar y brindar cultura e informar a la sociedad; por lo tanto, el *Must Carry – Must Offer* al referirse a una retransmisión de las señales de televisión necesariamente debe obligar a los operadores de televisión restringida a ofrecer en su programación canales culturales o de información para la sociedad, c) Competitividad.- Promover un desarrollo en la economía esto basado en una distribución equitativa en las ganancias relacionada con el beneficio de la sociedad, d) Tecnología.- Al ser las telecomunicaciones la punta de lanza en lo que se refiere al progreso de los países con el *Must Carry – Must Offer* se tendrá que incentivar la tecnología esto es para que en un futuro se esté hablando de señales digitales para toda la población y de entrega de varios servicios por un mismo ducto.

Después de lo aquí mencionado y garantizando la materialización de dichos efectos, a continuación listamos las reglas que deberían aplicarse en México para la regulación *Must Carry – Must Offer*.³⁹⁷

1. De conformidad con la LFT, los concesionarios o permisionarios de televisión restringida, previo pago de los concesionarios de televisión abierta, están obligados a retransmitir a todos sus suscriptores de manera no discriminatoria, las señales de los concesionarios de televisión abierta que se los soliciten.

2.- De conformidad con la LFR y Tv los concesionarios de televisión abierta están obligados a permitirle a los concesionarios o permisionarios que presten el servicio de televisión restringida, a retransmitir sus señales previo pago de tarifas basadas en costos y registradas ante la COFETEL.

³⁹² La resolución de la concentración PAXIA en su pág. 48 señala que en 2005 en México los canales de grupo Televisa captaron el 68.5 de la audiencia nacional, lo cual claramente nos lleva a determinar la necesidad que tiene cualquier empresa de televisión restringida de retransmitir los canales de Grupo Televisa de no ser así se encontraría ante una desventaja competitiva ante los demás, tal pudo haber sido el caso de la desaparecida DirecTv (Grupo Galaxy Mexicana, S. de R. L. de C.V.) en México, que posiblemente al no ofrecer los canales de Televisa en su programación, se vio forzada a terminar la prestación de servicios satelitales y la venta de la base de datos a SKY (DOF 28/01/05 COFECO).

³⁹³ Acuerdo de convergencia de servicios fijos de telefonía local y televisión y/o audio restringidos que se proporcionan a través de redes públicas alámbricas e inalámbricas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de octubre del 2006.

³⁹⁴ En México la concesión para prestar el servicio de Televisión restringida, se circunscribe a una zona específica del territorio nacional (área de cobertura), por lo cual no se podría hablar de una concesión de cobertura nacional en tv por cable, sin embargo de la adquisición de varias concesiones por algunos grupos, se alcanzaría a tener presencia en todo el país.

³⁹⁵ Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.

³⁹⁶ Cfr. González Luna Bueno, Federico, *El Caso de la Radio y la Televisión*, en González Luna Bueno, Federico, *et al* (comp.), *La Regulación de las Telecomunicaciones*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007, p. 179.

³⁹⁷ Con base en lo dispuesto en: Administrative law Review , *Regulatory Reform in the Cable Industry: The Effect of the 1992 Cable Act's Must carry and Retransmission Consent Rules on the Industry and the Consumer*, Administrative Law Review, Vol. 47, No. 4, Otoño, Estados Unidos, 1995, pp. 595-598.

3.- La obligación a la que se refieren los incisos 1 y 2 estarán contenidas en un convenio, el cual deberá ser aprobado por la Comisión Federal de Telecomunicaciones y deberá contener condiciones no discriminatorias y las tarifas registradas ante la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

4.- Tratándose de concesionarios y permisionarios de Televisión restringida con una zona de cobertura nacional o que abarque más de un 80% del territorio nacional deberán retransmitir todas las señales de los concesionarios de televisión abierta que tengan cobertura nacional y/o aquellos canales que sean de concesionarios de televisión abierta que se consideren tengan una cobertura en zonas con una densidad poblacional mayor al promedio de densidad nacional^{398,399}. Además de los canales propiedad del gobierno federal, dos canales de cultura previamente autorizados por la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

5.- Los concesionarios o permisionarios de televisión restringida que retransmitan señales no podrán modificar las mismas.

Conclusiones:

I. La condición *Must Carry – Must Offer* impuesta por COFECO a Grupo Televisa fue un avance en materia de competencia económica en México; sin embargo como se observó en el presente artículo debió estar contenida en una disposición administrativa general para tener una mayor eficacia en su aplicación en el derecho mexicano, la importancia de contenerse en una disposición administrativa general es porque en el mercado de la televisión abierta en México tenemos un duopolio y en televisión por cable, dada la distribución de concesiones por localidad, existe de uno a tres participantes en dicha localidad, por ello la imposición de regulación asimétrica como fue la regulación *Must Carry – Must Offer* impuesta por COFECO, sí beneficia en la competencia, mas resulta ser medio escalón en el proceso de competencia en el sector de las telecomunicaciones, pues los otros agentes no regulados por dicha condición podrían desplazar a sus competidores y realizar actos anticompetitivos en el mercado de televisión abierta y restringida⁴⁰⁰.

II. La existencia de empresas con un gran poder de mercado en el sector de las telecomunicaciones ha agravado un retraso tecnológico y regulatorio en México, por ello consideramos necesario la correcta aplicación de un regulación *Must Carry – Must Offer*, la cual debió ser desarrollada por la COFETEL como un ordenamiento general y no como una condición impuesta por COFECO para autorizar concentraciones de Grupo Televisa, pues al ser realizada por COFETEL bajo el proceso de mejora regulatoria, hubiese permitido que la autoridad conociera la opinión de todos los participantes en el mercado, creando una regulación más adecuada para el sector. Además, se debió utilizar el principio de tarifas basadas en costos, las cuales impidiesen que los agentes económicos dominantes obtuviesen grandes ganancias a costa de sus competidores, aunado a lo anterior es de esperarse que COFETEL tiene un mayor conocimiento y experiencia en el sector de las telecomunicaciones que COFECO, por ello COFETEL sería la indicada para regular todo lo concerniente a telecomunicaciones y COFECO el proceso de competencia del sector de telecomunicaciones, ante esto, COFECO no debe establecer los términos y condiciones en los que se van a

³⁹⁸ Lo anterior de conformidad con la densidad poblacional determinada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) efectiva en el año de solicitud de retransmisión.

³⁹⁹ Se determina el uso de este método de medición, toda vez que a nuestra consideración aquellas poblaciones que excedan la densidad nacional, debe ser consideradas como entidades o poblaciones con una gran densidad de televidentes y por consiguiente una mayor remuneración económica para quienes presten servicios en dichas áreas que quienes prestan servicios en áreas con densidad poblacional por debajo del promedio nacional.

⁴⁰⁰ Con lo cual cumplirse el temor que con la reducción de miembros en las telecomunicaciones en México, se facilite una coordinación tácita de conductas, que pueda generar una grave afectación al proceso de competencia en México. Gellhorn, Ernest, *et al., Derecho y Economía de la Competencia*, De la Rosa, Elena, (trad.), Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, México, 2008, p.360.

prestar los servicios de telecomunicaciones, sino corregir o prevenir que los servicios de telecomunicaciones se presten de conformidad al proceso de competencia y libre concurrencia.

III. En el presente artículo hemos referido la necesidad de reformar varios ordenamientos jurídicos para la aplicación del *Must Carry – Must Offer*, las cuales deben ser realizadas por el ente jurídico que consideramos está facultado para ello, pero ¿por qué el ente regulador del sector de las telecomunicaciones, no ha realizado las reformas necesarias para un avance en competencia económica? La respuesta sería la existencia de varios agentes económicos con gran poder de negociación y de mercado que han podido en ocasiones capturar regulatoriamente a la autoridad, como fue el caso de las reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Ley Federal de Radio y Televisión de 2006, que dado el poder de un agente económico en lugar de ser promotoras de un desarrollo económico en México resultaron ser benéficas para algunos interesados⁴⁰¹.

IV. La idea de un *Must Carry – Must Offer* no es quitarle poder a las televisoras sino establecer reglas claras que beneficien a los usuarios, mediante un mejor servicio a un mejor costo. Esto se puede obtener a través de una disposición administrativa aplicable a todos los participantes de la televisión abierta y televisión restringida en México, que traiga como consecuencia una equidad en todos los participantes de ese mercado, al no hacerlos incurrir en costos excesivos, pues todos los participantes tendrían asequibles los mismos medios para acceder al televidente y con ello conseguir que las concesionarias de televisión abierta sólo compitieran por tener mejores contenidos. De igual manera, las concesionarias de televisión restringida sólo competirían en precios y servicios de valor agregado y no en la programación de televisión abierta que puedan ofrecer, pues esta competencia no beneficia al usuario.

V. El *Must Carry – Must Offer* no debe ser entendido como la panacea, sino que es una más de aquellas acciones regulatorias que deben ser realizadas por las autoridades correspondientes para el desarrollo de la competencia en México, sin miedo a que los agentes económicos poderosos en México pudiesen desacreditarla, derrocarla o ampararse en contra de ellas. Si el regulador continúa actuando con miedo, sus acciones regulatorias no van a tener la eficacia pertinente y México no va avanzar regulatoria y económicamente. Reiteramos la necesidad en el sector de las telecomunicaciones del establecimiento de reglas claras que fomenten la competencia, por medio de innovación y/o calidad en los servicios y no así el mantenimiento de privilegios que el Estado otorgó y ha permitido que se mantengan a aquellos grupos económicos, lo cual no beneficia a la economía mexicana.

BIBLIOGRAFÍA.

ABADA, Salah, *La transmission per satellite et la distribution par câble et le droit d'auteur*, DdA, Francia, 1989.

ADMINISTRATIVE LAW REVIEW, *Regulatory Reform in the Cable Industry: The Effect of the 1992 Cable Act's Must Carry and Retransmission Consent Rules on the Industry and the Consumer*, Administrative Law Review, Vol. 47, No. 4, Otoño, Estados Unidos, 1995.

AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Javier, *La Autonomía de la Comisión*, Comisión Federal de Competencia, *La Primera Década de la Comisión Federal de Competencia*, Comisión Federal de Competencia, México, 2003.

⁴⁰¹ El ejemplo más claro es la llamada "Ley Televisa", la cual fue aprobada en marzo de 2006, sin lectura previa y casi por unanimidad, confirmada en su totalidad por el Senado y a pesar de los señalamientos realizados por la SCT el Ejecutivo no la veto, con lo cual se les otorgo a las concesionarias de televisión abierta la posibilidad de obtener una mayor cantidad de espectro, so pretexto de la digitalización, impidiendo en consecuencia la entrada de nuevos competidores ante la falta de espectro para licitar. A raíz de la emisión de dicha ley se interpuso Acción de inconstitucionalidad a la LFT Y LFR y Tv que declaro varios artículos de inconstitucionales en especial el refrendo automático y la aprobación de comisionados de COFETEL por parte del Senado que beneficiaría al duopolio televisivo mexicano.

AGUILAR BARCELÓ, José, *El estado actual de las telecomunicaciones en México: la regulación que no llega*, ICE: Infraestructuras: Transportes e Industrias de red, número 808, México, 2003.

ALLISON, John y THOMAS, Dennis, *Telecommunications Deregulation: Market Power and Cost Allocation Issues*, Quorum Books, Estados Unidos, 1990.

APREZA SALGADO, Socorro, *Concentración de medios de comunicación versus pluralismo informativo externo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.

BARRERA GRAF, Jorge, *Libre Concurrencia, Competencia Desleal y Monopolios, Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas Derecho constitucional, t.1, primera edición*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

BERRUECO GARCÍA, Adriana, *La Postración del Estado ante los Concesionarios de la Radiodifusión (1960-1993)*, Fernández Ruiz, Jorge, y Santiago Sánchez, Javier, (coord.), *Régimen Jurídico de la Radio, Televisión y Telecomunicaciones en General. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.

BOLDRIN, Michele y LEVINE, David, *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2008.

BORK, Robert, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, Estados Unidos, 1978.

BRITO ANDERSON, Rafael, *Poder Sustancial y Regulación Asimétrica*, González Luna Bueno, Federico, et al (comp.), *La Regulación de las Telecomunicaciones*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007.

CARLÓN RUIZ, Matilde, *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo, No. 102, Abril-Junio, España, 1999.

CARRILLO TORAL, Pedro, *El derecho Intelectual en México*, Plaza y Valdés, México, 2002.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA: Expediente CNT-48-2006, Comisión Federal de Competencia. México, 2007.

-- -- -- Expediente CNT-18-2007, Comisión Federal de Competencia. México, 2007.

COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, *Televisión Restringida por entidad Federativa DTH, Cable y MMDS 2008 (semestral)*, Dirección de Información Estadística de Mercados, COFETEL, 2008.

DUESTERBERG, Thomas, y GORDON, Kenneth, *Competition and Deregulation in Telecommunications: The Case for a New Paradigm*, Hudson Institute, Estados Unidos, 1997.

ERDOZAIN LOPEZ, José, *Las Retransmisiones por Cable y el Concepto de Público en el Derecho de Autor*, Arazandi, España, 1997, p. 35.

ESTAVILLO FLORES, María, *Contenidos y Competencia en los mercados de la Televisión*, Ojeda, Luis, et al (coord.): *Propiedad Intelectual y Competencia Económica*, Porrúa/ITAM, México, 2010.

FARINA, Juan, *Transferencia de tecnología, Derechos Intelectuales*, N° 5, Editorial Astrea, Argentina, 1991.

FLORES RAMÍREZ, Gerardo y GARCÍA REQUENA, Roberto, *Política Global de Apertura de las Telecomunicaciones*, González Luna Bueno, Federico, *et al* (comp.), *La Regulación de las Telecomunicaciones*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007.

GALLEGOS TOUSSAINT, Rodrigo, *La Falta de una Comisión Reguladora de las Telecomunicaciones de Clase Mundial, un Freno a la Competitividad*, Este País. Tendencias y Opiniones, No. 180, México, 2006.

GARCÍA ALBA IDUÑATE, Pascual, *Regulación y Competencia*, Comisión Federal de Competencia, *Competencia Económica en México*, Comisión Federal de Competencia, México, 2004.

GARCÍA REQUENA, Roberto, *Retransmisión de contenidos audiovisuales*, González Luna Bueno, Federico, *et al* (comp.): *La Regulación de las Telecomunicaciones*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007.

GARCÍA RODRÍGUEZ, Sergio, *Reflexiones comparativas de la Ley Federal de Competencia Económica La regla per se y la regla de la razón*, Universidad Nacional Autónoma de México, *Estudio en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, Serie I. Estudios Económicos, Núm. 24, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

GELLHORN, Ernest, *et al: Derecho y Economía de la Competencia*, De la Rosa, E. ((trad.)), Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, México, 2008.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Competencia Económica: Aspectos jurídicos y económicos*, Editorial Porrúa, México, 2005.

-- -- -- *Competencia Económica y Propiedad Intelectual ¿Complementarios o Antagónicos?*, Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, N°. 37, México, 2007.

-- -- -- *Discriminación de precios, dumping y depredación: tres disciplinas, un fenómeno económico*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Universidad Nacional Autónoma de México, Año 39, no. 115, México, 2006.

GONZÁLEZ LUNA BUENO, Federico, *El Caso de la Radio y la Televisión*, González Luna Bueno, Federico, *et al* (comp.): *La Regulación de las Telecomunicaciones*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007.

GRUPO TRABAJO SOBRE ABOGACÍA, *Abogacía por la Competencia*, Conferencia Anual de la Red Internacional de Competencia (RICE), Italia, 2002.

GUERRERO RODRÍGUEZ, Omar, y Pons Mestre, Ricardo, *Derechos de terceros afectados en los procedimientos ante la Comisión Federal de Competencia*, Roldán Xopa, José y Mena Labarthe, Carlos, (coord.), *Competencia Económica: Estudios de Derecho, Economía y Política*, Porrúa, México, 2007.

HIRSCH, Werner, *Law and Economics: An introductory Analysis*, Tercera Edición, Academic Press, Estados Unidos, 1999.

JIMÉNEZ LATORRE, Fernando y CAÑIZARES PACHECO, Enrique, *Dificultades para la definición del mercado relevante*, Segundo seminario de derecho y economía de la Competencia, Fundación Rafael del Pino, España, 2005.

KEAT, Paul, y YOUNG, Philip, *Managerial economics: economic tools today's decision maker 4a ed.*, Pearson Education, Estados Unidos, 2004.

LAZO, Luis y ARDOIS, Daisy, *Diccionario de Telecomunicaciones*, Flatiron Publishing Inc., Primera Edición, Estados Unidos, 1995.

LEDESMA URIBE, Bernardo y GUERRERO RODRÍGUEZ, Omar, *Breves notas sobre la inconstitucionalidad del artículo 10 fracción VII de la LFCE*, El Foro. Decimotercera época, Tomo XVII. Número 1, Primer Semestre, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., México, 2004.

LEDESMA URIBE, Bernardo y HERNÁNDEZ ARROYO, Federico, *Las Prácticas Monopólicas Relativas y su Tipificación en la Ley como Infracciones Administrativas*, Roldán Xopa, José y Mena Labarthe, Carlos, (coord.), *Competencia Económica: Estudios de Derecho, Economía y Política*, Porrúa, México, 2007.

LÖFFLER, Udo, *Concentración económica en el sector de los multimedios: estudio comparado*, Contribuciones, Año XIV, No. 1, Argentina, 1997.

LOPATKA, John y VITA, Michael, *The Must-Carry Decisions: Bad Law, Bad Economics*, Supreme Court Economic Review, Vol. 6, The University of Chicago Press, Estados Unidos, 1998.

MARISCAL, Judith, *Telecommunications Reform in Mexico from a Comparative Perspective*, Latin American Politics and Society, vol. 46, No. 3, Estados Unidos, 2004.

MOGUEL GLORIA, Martín, *Criterios del Poder Judicial de la Federación sobre Competencia Económica*, Comisión Federal de Competencia : *La primera Década de la Comisión Federal de Competencia*, México, Comisión Federal de Competencia, 2003.

NIUTTA, Andrea, *"Errare humanum est, sed perseverare in errore..." la delimitazione del mercato geografico rilevante da parte dell'Autorità Garante nella decisione relativa alla concentrazione Telecom/Intesa*, Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, Año XCVI, Nos. 9-10/11-12, Septiembre-Diciembre, Italia, 1998.

OCDE: *Glosario de economía industrial y derecho de la competencia*, OCDE-Mundi Prensa, México, 1995.

PARKIN, Michael y ESQUIVEL, Gerardo, *Microeconomía*, Pearson Educación, México, 2004.

PEREDO RIVERA, Amílcar, *Competencia económica: Teoría y práctica*, Porrúa, México, 2004.

PERELMAN, Chaim, *De la Justicia*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1964.

PEREZ MIRANDA, Rafael, *Propiedad Industrial y Competencia en México: Un enfoque de Derecho Económico*, Porrúa, México, 1999.

PINKAS FLINT, Blanck, *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*, Fondo Editorial PUCP, Perú, 2002.

ROCKEFELLER, Edwin, *The Antitrust Religion*, Cato Institute, Estados Unidos, 2007.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio, *Derecho de las Telecomunicaciones Nuevo Derecho y Nuevo Mercado*, Dykinson, España, 2002.

SÁNCHEZ UGARTE, Fernando, *Análisis Económico de la Legislación Federal de Competencia Económica*, Comisión Federal de Competencia, *Competencia Económica en México*, Comisión Federal de Competencia, México, 2004.

SANTOS, Luis, *Algunas consideraciones en torno a las reformas a la Ley Federal de Competencia Económica en materia de concentraciones*, Roldán Xopa, José y Mena Labarthe, Carlos, (coord.), *Competencia Económica: Estudios de Derecho, Economía y Política*, Porrúa, México, 2007.

SHENEFIELD, John y STELZER, Irwin, *The Antitrust Laws: Aprimer*, Segunda Edición, American Enterprise Institute, Estados Unidos, 1996.

SORIA GUTIÉRREZ, Gerardo, *Convergencia Tecnológica e Integración del Derecho*, González Luna Bueno, Federico, et al (comp.): *La Regulación de las Telecomunicaciones*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007.

STAMMLER, Rudolf, *Filosofía del Derecho*, Roces, Wenceslao, (trad.), Reus, Madrid, 1930.

TEN KATE, Adriaan, *La Eficiencia Económica en el Análisis de Competencia*, Comisión Federal de Competencia: *Competencia Económica en México*, Comisión Federal de Competencia, México, 2004.

TEN KATE, Adriaan, et al: *La Convergencia entre Telecomunicaciones, Medios de Comunicación e Informática Implicaciones para la Competencia y la Regulación*, Gaceta de Competencia Económica, Año 1 Núm. 2 (Septiembre-Diciembre, 1998), Comisión Federal de Competencia, México, 1998.

THE ECONOMIST, *Changing the channel Television is adapting better to technological change than any other media business*, says Joel Budd, Edición 1 a 7 de mayo de 2010, The Economist, Estados Unidos, 2010.

TOVAR LANDA, Ramiro, *Política de Competencia y Regulación en el Sector Telecomunicaciones*, Comisión Federal de Competencia, *Competencia Económica en México*, Comisión Federal de Competencia, México, 2004.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo V (I-J)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984.

VELASCO SAN PEDRO, Luis, *Derecho Europeo De La Competencia, Antitrust e Intervenciones Públicas*, Lex Nova, España, 2005.

VITA, Michael y WIEGAND, John, *Must carry Regulations for Cable Television Systems: An economic Policy Analysis*, Journal of Broadcasting & Electronic Media, 1993.

WALLSTEN, Scott, *An Econometric Analysis of Telecom Competition, Privatization, and Regulation in Africa and Latin America*, The Journal of Industrial Economics, Vol. 49, No1, Estados Unidos, 2001.

**Comments on European Commission's review
of rules applicable to horizontal cooperation agreements
Prepared by the ICC Commission on Competition***

Introduction

ICC is pleased to comment on the Commission's draft Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements (the "Draft Guidelines" or "Draft") and the Commission's proposed revised block exemption regulations regarding Research and Development and Specialisation. The Commission published its current guidelines on horizontal cooperation in January 2001 and the current block exemptions expire at the end of 2010 so the Commission's revised documents are a necessary as well as a useful and timely clarification of its view on a key area of competition policy.

On the whole ICC warmly welcomes the Commission's proposals which, for the most part, provide increased insight into the Commission's enforcement policies and much needed additional guidance for companies. In particular, ICC welcomes the inclusion of a dedicated section relating to information exchange and the efforts to clarify the rules on standard setting. While these two sections are the main focus of ICC's comments, we will also comment on some other proposed changes notably regarding R&D.

Our main comments on changes that might be incorporated in the final versions of the regulations and guidelines concern the need for more and better focused examples that would enable companies to carry out the necessary self-assessment of their agreements' compatibility with Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union with greater confidence. In this context, it is regrettable that DG COMP has not in appropriate circumstances been more open to providing informal individual guidance to companies to help them carry out this self-assessment. While the publication of better guidelines is of considerable assistance to companies, activation of the possibility to provide guidance on novel questions in individual cases would also be very helpful.

I. Information exchange

The Draft's section on information exchange is the Commission's first comprehensive distillation of its decisional practice and the European courts' case-law in this area. Until now the only relevant Commission guidance concerned maritime transport services.

Generally

For the most part the Draft reflects existing case-law. ICC welcomes the clear statement in paragraph 55 that "Information exchange can only be addressed under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union if it establishes or is part of an agreement, a concerted practice or a decision of an association of undertakings". Likewise, ICC welcomes the recognition, in paragraph 58, of the pro-competitive aspects of

* The members of the ICC Task Force on the European Commission's Consultation on the Horizontal Guidelines are: Jacques Bourgeois (WilmerHale) (Chairman); François Brunet (Cleary Gottlieb Steen & Hamilton); Frédérique Chaput (Racine); Mark Clough (Addleshaw Goddard); Tim Cowen (BT); Frédéric Dupas (BT); Charlene Flick (U.S. Council for International Business); Damien Geradin (Howrey); Alan Hoffman (Alcatel Lucent); Patrick Hubert (Clifford Chance); James Killick (White & Case); Cormac O'Daly (WilmerHale); Mark Powell (White & Case); Anne Riley (Shell); Philippe Rinciaux (Orrick); Greg S. Slater (Intel); JeanYves Trochon (Lafarge); David Turetsky (Dewey & LeBoeuf); Hill Wellford (Bingham McCutchen); Marc Wiesner (VDMA); and Jeffrey Zuckerman (Curtis, MalletPrevost, Colt & Mosle).

information exchange; increased transparency can intensify competition and enable firms to realise efficiencies. On the whole the Draft Guidelines strike a good balance between these pro-competitive effects of information exchange and the possibility of restrictive effects under certain market conditions.

ICC considers that paragraphs 61 to 66 provide useful further detail on the Commission's main concerns, namely (i) the possibility that information exchange can enable agreement on terms of coordination leading to a collusive market outcome, (ii) the ability of an information exchange to increase internal stability of a collusive outcome by enabling deviations to be monitored and (iii) the ability, through increased market transparency, to monitor the reactions of third parties, such as new entrants who can then be targeted. These paragraphs also discuss the risk of anti-competitive foreclosure when competitors who are not involved in the information exchange are "placed at a significant disadvantage as compared to the companies affiliated within the exchange system". ICC notes the clarification that for this to occur, the information should be "very strategic for competition and cover a significant part of the relevant market".

Restrictions of competition by object

As in the Draft's other sections, restrictions on competition are divided into restrictions by object and restrictions by effect. In line with existing case-law and the Commission's decisional practice, the Draft Guidelines categorise few information exchanges as restrictions of competition by object. Those that are – exchanging individualised information on future prices and quantities (sales, market shares, territories, or customer lists) and when information exchange is part of a cartel – are in the main uncontroversial.

Paragraph 68 also states, however, that some information exchanges on current conduct may reveal intentions on future behaviour and constitute restrictions by object. ICC submits that while this undoubtedly could be true and while it is difficult to provide concrete guidance on when this might happen, there is a danger in treating information exchanges regarding current conduct as a restriction of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union by object. ICC would like to see the final Guidelines incorporate a detailed and helpful example of when information regarding current conduct may reveal sufficient intentions regarding future behaviour. Example 1 of the Draft usefully instances an exchange of intended future prices but the more difficult situation for companies wanting to self-assess their compatibility with Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union will be when a trade association or third party wants to collect information on current prices or output. There is real need for clarification on when this may infringe Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union particularly if this is to constitute an infringement by object. The need for clarification is compounded as the applicability of sections of several Commission Guidelines and Block Exemptions relies on (potential) competitors adding up their respective market shares.

Restrictions by effect: generally

Turning to how information exchanges may be restrictions of competition and infringe Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union because of their effect, the Draft proposes comparing the likely effects of the exchange with the counterfactual situation that would have prevailed in the absence of the exchange. Paragraph 69 specifies that the effect must be an "appreciable adverse impact on one (or several) of the parameters of competition such as price, output, product quality, product variety or innovation". The following paragraph introduces the market contexts that are more apt to make coordination easier to reach and sustain. ICC notes and welcomes the emphasis on how the information exchange may change the market context and render it more transparent and suitable for collusion; the analysis must not be an entirely static one focused on prior market conditions.

The Draft contains relatively detailed discussion on the three principal factors that the Commission and companies carrying out self-assessment must take into account. These are said to be (i) market coverage; (ii) the market's characteristics and how the exchange of information modifies these characteristics; and (iii) the type of information exchanged.

Market coverage

ICC regrets the Commission's reluctance to provide a clearer safe harbour on a degree of market coverage that would not infringe Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union. While ICC appreciates the sentiment that this degree will depend on the specific facts, it would have welcomed a clearer statement on a possible threshold below which, absent unusual circumstance, Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union would not normally be infringed. In this context, the pro-competitive aspects of information exchange in the form of greater ability to realise efficiencies and benchmarking should dictate that this threshold be higher than what the Commission suggests in the *De Minimis* Notice and other sections of the Draft Guidelines.

Market characteristics

In contrast, ICC welcomes the discussion in paragraphs 73 onwards on market characteristics and, in particular, the emphasis on how these characteristics may be fundamentally altered by an information exchange. As paragraph 73 states, "the competitive outcome of an information exchange depends not only on the initial characteristics of the market in which it takes place (such as concentration, transparency, stability, complexity etc.), but also on how the type of the information exchanged may change those characteristics".

Type of information exchanged: ICC suggests a number of improvements to the Draft

As for the type of information exchanged, the Draft gives guidance on what is commercially sensitive or strategically useful information and considers a number of other relevant factors, some of which are developed in the examples at the end of the section. Overall, ICC recommends that this section could be substantially improved by use of more detailed and borderline examples. For example, while exchanging turnover attributable to sales of one product may be commercially sensitive, the same may not be true for turnover for a wider range of products.

One of the more controversial aspects is undoubtedly going to be the discussion on public/non-public data. The Draft states that "in general, exchanges of genuinely public information are unlikely to constitute an infringement of Article 101" and defines genuinely public information as "information that is equally easy (*i.e.* costless) to access for everyone". Thus, not all information in the "public domain" is genuinely public information if "the costs involved in collecting the data discourage to a sufficient degree other companies and buyers from doing so". ICC submits that determining whether the costs involved will deter companies from collecting data is a very difficult assessment to make and that more clarification, perhaps by use of examples, is required. While it is unquestionably true that the ability to access information in the market, for example by means of a customer survey, does not make information genuinely public, it is less clear to ICC that for information to be genuinely public, it ought not be less costly for buyers (including consumers?) to obtain it. While the reasons behind this part of the Draft have some logic, they may be setting a somewhat unrealistic standard as there will practically always be greater cost for a buyer or consumer to obtain even publicly available information than for those in the industry. This is particularly true if by "cost" one is to consider not just monetary costs but also time and effort.

Regarding the public or non-public nature of the exchange, the Draft considers that a genuinely public exchange should make the exchanged data "equally accessible to all competitors and buyers". This begs a number of questions that ICC considers the Commission should clarify in its final version of the Guidelines. First, is publication in a well-known trade magazine sufficient to make an exchange public? Second, what about publication on a trade association's or other publicly accessible website? Third, while these two forms of publication may be enough to make information publicly available to competitors, it may not be as available to consumers but should this necessarily matter? ICC notes that publication on a freely accessible website is one of the factors on which Example 2 seems to turn but would welcome a more clear statement to this effect. Such publication should make the underlying data genuinely public.

ICC submits that the example and section related to aggregated/individualised data is unsatisfactory. The example concerns exchange of individualised data, which is more difficult to reconcile with Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union. The consideration of aggregated data in paragraph 85 concentrates on it being used as a device to monitor a collusive outcome. The more vexed and practical question on exchange of aggregated data concerns aggregation of data by a third party and when companies might be able to disaggregate this data and identify competitively sensitive information pertaining to their competitors. Some rules of thumb on when data can be considered “aggregated” (e.g. minimum number of participants) and on when it is safe to publish aggregate data would be useful and could be developed in well-worked examples. ICC regrets that the Commission has not sought to do this in the Draft and would encourage that this be rectified in the final Guidelines.

Likewise, the treatment of historic versus non-historic data is not as helpful as it might be. In particular, Example 5, which discusses exchange of three year old data when prices are renegotiated every three months, is not very useful. Companies will be far more interested in considering whether exchange of much more recent data is permissible; they frankly are not interested in data that is years’ old when contracts and prices are negotiated frequently. The Commission should therefore strive to provide some more borderline examples on this subject. It would also be salutary if the Commission could make clearer whether it still accepts the “one year rule” noted in the Draft’s footnote 57.

Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union assessment

ICC welcomes the paragraphs relating to analysis of information exchanges under Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union. In particular, the discussion on efficiencies notes both the efficiencies that may result from cost savings for suppliers and the reduction in costs, such as search costs, for consumers. The creation of efficiencies for consumers is obviously part of the test under Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union as efficiencies must be passed on to consumers but the ability of consumers to benefit from efficiencies should also be remembered in appropriate cases when determining whether exchange of particular data is indispensable.

II. Standardisation

Generally

The revised and lengthened section on standardisation is probably the Draft’s most awaited and controversial element. It builds on the Commission’s practice in investigations such as Rambus and Qualcomm and re-emphasises what has already become clear in speeches by DG COMP officials namely that this is a key policy area for the Commission.

ICC recognises that this is a complex area and commends the Commission for providing much more detailed and sophisticated guidance than is present in the current guidelines on horizontal agreements. The Draft discusses the benefits of standardisation in paragraphs 258 and the paragraphs devoted to efficiencies. Echoing the point in paragraphs 168 and 169 of the existing guidelines, draft paragraph 290 states that high market shares will not necessarily give rise to competition concerns as a standard’s effectiveness is often proportionate to the share of the industry involved in establishing and implementing the standard. The Draft also outlines the Commission’s principal general concerns over standard setting in paragraphs 259 to 262 and 275. In contrast to the existing guidelines, the Draft proposes to examine the effects of standardisation on four markets. The upstream technology market is now included alongside the markets for the product or service to which the standard relates, the service market for standard setting, and the market for testing and certification.

Restrictions of competition by object

Given the substantial benefits of standardisation, it is hardly surprising that the discussion of restrictions of competition by object is short. The Commission's main focus, quite correctly, is on when standard setting is used as part of a broader restrictive agreement or a cover for a cartel.

The reference in paragraph 267 to a restriction by object when intellectual property rights ("IPR") holders agree "on the licensing terms they will disclose" before adopting the relevant standard is more confusing and troubling. In particular, it appears difficult to square this with paragraph 287 welcoming disclosure of most restrictive licensing terms, including individual disclosure of maximum royalty rates. ICC considers that the precise ambit of the phrase in paragraph 267 needs to be clarified in the final version of the guidelines. Does the phrase simply mean, as again reflected in paragraph 287, that companies should not have joint negotiation/discussion of royalty rates?

Still on the subject of the proposal in paragraph 287 that during the standardisation process IPR holders may individually disclose their most restrictive licensing terms, ICC suggests that the Commission add a sentence similar to the statement made by the United States antitrust agencies in 2007 when they softened their policy toward *ex ante* disclosures: "The Commission does not suggest that standard-setting organizations must require such disclosures, and takes no position as to whether they should or should not do so."

Restrictions of competition by effect: generally

Like the current guidelines, the Draft emphasises that the nature of the standard and the markets concerned are central to determining whether its effects restrict competition. ICC particularly welcomes the discussion of the different motivations of upstream-only, downstream-only and vertically-integrated companies in paragraphs 270 to 274 as a background to this analysis.

Introduction of a safe harbour

ICC supports the concept of the safe harbour provided in paragraphs 276, 277 *et seq.* It is worth quoting paragraph 277 in full:

Where participation in standard-setting, as well as the procedure for adopting the standard in question, is unrestricted and transparent, standardisation agreements which set no obligation to comply with the standard and provide access to the standard on fair, reasonable and nondiscriminatory terms do not restrict competition within the meaning of Article 101(1).

ICC understands that whether or not an agreement falls within the safe harbour is only part of the analysis of its compatibility under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union. If all of the conditions in paragraph 277 are not fulfilled, individual assessment is required and it by no means follows that the standard setting infringes Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union. It may, moreover, also be possible that the standard setting falls under the exception in Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union. This is just as well as many standard setting agreements do not fulfil all the conditions of the proposed safe harbour. In particular, not all standards are voluntary (a fact discussed below in relation to environmental agreements) and the rules regarding what constitutes access to the standard on fair, reasonable and non-discriminatory ("FRAND") terms are nearly always open to discussion. The Draft's provisions on disclosure of IPRs and FRAND terms will unquestionably be the subject of numerous comments and ICC focuses on those below.

ICC would meanwhile observe that more guidance on what constitutes unrestricted and transparent procedures could be useful. While paragraphs 278, 301 and 307 are helpful in this regard, the Commission has considered

this question in more depth in the ICT sector in the past.

Disclosure of essential IPR

The Draft expresses a clear preference for standard setting organisations that encourage or require *ex ante* disclosure of potentially essential IPR including patent applications. Thus the Draft stipulates that IPR policies must require companies to “make reasonable efforts” to identify such IPR.

ICC would welcome some guidance on what reasonable efforts might constitute in this context. In particular, it should expressly be stated that a company need not go as far as to carry out patent searches for all potentially essential IPR. It could also perhaps be specified that a statement by a company representative with expert knowledge in the relevant field on whether the company has IPR or pending IPR would be sufficient.

Given the Draft’s understandable, but clear, preference in favour of *ex ante* disclosure, uncertainty on the extent of the efforts required in this area risks discouraging companies from participating in legitimate standard setting. This is all the more so as it may not always be easy to identify IPRs that might prove essential to a standard.

FRAND commitments

The Draft also strongly encourages making irrevocable written commitments to license essential IPR on FRAND terms. Moreover, it considers that when companies transfer IPRs, the transferor must take all necessary measures to ensure that the transferee is bound by the FRAND commitment.

This is welcome and the main area of contention in this section is the discussion on the meaning of FRAND terms. The Commission is to be commended on tackling this often vexed issue. Requiring mandatory upfront written commitments to FRAND terms is essential to a balanced standardization process. But this must not discourage companies, from both an economic and innovation perspective, from participating in legitimate standard setting. It is important that the legitimate commercial interests of IPR holders and their right to expect a fair return on their investment and innovation not be forgotten.

The Draft considers effectively that a non-FRAND royalty is an excessive royalty in the meaning of the case-law and Commission practice on Article 102 of Treaty on the Functioning of the European Union, namely it is a charge that bears no reasonable relationship to the economic value provided.⁴⁰² Rather, however, than using cost-based models, the Draft indicates a preference for measuring a proposed royalty’s reasonableness by comparing it to fees charged before the IPR became part of the adopted standard. While the Draft appears to recognise the possible limits of this approach (paragraph 284’s assumption that this “comparison can be made in a consistent and reliable”), it is surely not excluded that a company could charge some reasonable increment for use of its IPRs when they are embodied in a standard, which will allow the licensee to make more use of the licensed IPR. ICC would also submit that *ex ante* disclosure of royalty rates will not work well in all industries – for example in complex dynamic standard setting the extent and ownership of patents may not even be known or stable *ex ante*.

The Draft also refers to use of independent expert assessment to value the IPR portfolio’s objective quality and centrality to relevant standard and reference to a company’s *ex ante* disclosure of most restrictive licensing terms, including maximum royalties. The final Guidelines should specify that third party experts should also take account of IPR holders’ legitimate commercial interests and their right to a reasonable commercial return.

⁴⁰² Even though these are Article 101 TFEU Guidelines, the Commission should clarify the language in paragraphs 262 and 284, which appears to assume that any party that holds IPR essential to a standard automatically has obtained a dominant position within the meaning of Article 102 TFEU. That would be an unwarranted assumption. For example, standardised technology may compete with other standardised and nonstandardised technology. In such a case it cannot without further assessment be presumed that a holder of an essential patent also attains a dominant market position. The Commission should have to make a careful market analysis in each case, not just gloss over the establishing dominance.

As noted above, individual disclosure of maximum royalties is expressly welcomed in the Draft.

The Draft does not, however, consider a number of aspects of FRAND and inclusion of some guidance on these may avoid future disputes in this area. It would be good to see some discussion on how to assess both what royalty levels individually, and in the aggregate, are compatible with FRAND commitments. In addition, the Draft has no guidance on the non-discriminatory aspects of FRAND. The need to preserve IPR holders' incentives to invest in innovation should also be given more recognition.

Inclusion of substitute technologies in a standard

The section on the potentially restrictive effects of standardization also contains a paragraph (288) on substitute technologies, which ICC would like to address. The paragraph seems to suggest that the inclusion of substitute technologies limits inter-technology competition and will likely infringe Article 101 of Treaty on the Functioning of the European Union. ICC would submit that this is an overly broad statement and disagrees, in particular, with the statement that the inclusion of substitute technologies may prevent a potentially competing alternative technology from being included in a different standard. The Commission needs to explain this better; for ICC it is far from clear why this would necessarily be the case.

It would appear that this paragraph is inspired by statements in the patent pools section of the Commission's Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements. The relevant sections in that document distinguish between complementary and substitute technologies. Whatever the merits of such statements in the technology transfer guidelines, ICC would submit that paragraph 288 is out of place in a discussion on standardization. Paragraph 306, which states that not all specifications or technologies should be included in a standard, paragraph 308, which states that standards agreements should cover no more than what is necessary to ensure their aims, and a meaningful FRAND commitment already are sufficient to alleviate any concerns the Commission may have about over-inclusion of technology in standards.

Applicability of standardisation section to environmental agreements

The Draft's paragraph 252 states that agreements "setting out standards on the environmental performance of products or production processes" are covered by the general section on standardization. This contrasts with the current guidelines, which have a dedicated section analyzing the compatibility of environmental agreements with Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

ICC has the following observations. First, while the Draft favours voluntary standards, most environmental standards set mandatory rules. This sits awkwardly with statements in paragraphs 269 and 309. The compulsory nature of environmental standards is not, moreover, addressed in Example 5, which states that the involvement of the public authority is irrelevant. Second, ICC questions the ongoing relevance, if any, of the current guidelines' separate section on environmental agreements. Can companies rely on it to any extent after introduction of the new guidelines? If not, the Commission should expressly state this. Third, ICC would have thought that more, not less, guidance is needed on environmental agreements.

For the avoidance of doubt, ICC does not believe that the new guidelines must necessarily include a separate section on environmental agreements. But ICC would submit that more examples concerning environmental agreements be provided and that appropriate provisos be inserted in relevant places acknowledging their mandatory nature. In a similar vein, the Commission could also provide examples analyzing standards in other areas such as, for example, health and safety and consumer protection.

Discussion on standard terms

Finally, the standardization section also discusses the use of industry standard terms. This was formerly contained in

the standard policy conditions provisions of the insurance block exemption. While ICC considers it more coherent to include such material in the general horizontal guidelines, consideration could be given to having standard terms in either a separate section or else at the end of the standardization section. The current interspersing of standard terms and standardization makes reading the Draft Guidelines somewhat more difficult.

Generally ICC welcomes the material on standard terms. Quite correctly the Draft notes their positive effect in industries and only expresses concern where the standard terms affect the scope of the product sold to the customer (in which case they may limit product choice and innovation), or where they affect the products' actual sale price or other limited parameters of competition, or where the standard terms entrench a widespread practice and may lead to establishment of a *de facto* standard, which might constitute an entry barrier.

III. ICC's other main comments

ICC supports much of the Draft's efforts to clarify and update other parts of the existing guidelines. The following comments are not exhaustive but concentrate rather on some of the potentially more significant changes proposed.

The introductory section and general approach

In line with more recent case-law and practice, the Draft attaches greater importance to the distinction between restrictions of competition by object and restrictions by effect. This is to be welcomed.

The Draft also clarifies the analysis of joint ventures: parent companies with decisive influence will be treated as a single economic entity. While this clarification is useful, it should not follow that parent companies should automatically be liable for fines imposed on a joint venture for participating in a cartel. The parents may have no knowledge of the cartel activities and the judgments of the European courts regarding parent/subsidiary liability should not mechanically be transposed to parent/joint venture scenarios.

The Draft replaces the current guidelines' focus on an agreement's "centre of gravity" to determine which section of the guidelines is most relevant by focussing on the agreement's "most upstream indispensable building block of [the] integrated cooperation". The expression is more cumbersome, but this probably facilitates analysis.

Research & development

ICC is disappointed that the Commission did not act on the proposal, made during the initial consultation in 2008-09, that the horizontal guidelines be redrafted to include a detailed explanation of the Commission's reasoning in drafting the provisions of the R&D block exemption, and how they are to be interpreted and applied. Such an explanation is included in both the Guidelines on Vertical Restraints and the Technology Transfer Guidelines.

The revised block exemption also contains some amendments, which ICC feels unnecessarily narrow the parties' choices of possible arrangements for production or distribution of the product resulting from the R&D, or which add to, or fail to clarify, ambiguous language.

There are new definitions for "specialisation in research and development" and "specialisation in exploitation", both of which appear to limit further the parties' options while introducing new uncertainty.

Draft Article 1(12) amends the definition of "specialisation in research and development" by specifying that "This does not include a scenario where one party carries out all the research and development and the other party merely finances these activities or exploits the results." It is not clear to ICC why the proposed new policy that funding is not

sufficient “specialization” is justified. Often R&D which could contribute to society’s welfare will not take place unless third-party funding is made available, for example in the case of a start-up willing to develop a new technology but lacking the funds to do so. Unless the Commission extends legal security to such arrangements, the potential investor may well hesitate to commit the funds.

The definition of “specialisation in research and development” states that “each of the parties [must carry] out some of the research and development activities”. Guidance on the meaning of what is sufficient to constitute “some” R&D would be helpful. The contribution of specifications or know-how should meet this definition: there has never been a requirement in the block exemption that an R&D programme be allocated “equally” among the parties because it is almost impossible for the Commission or any third party to value each party’s contribution. Without the formulation of specifications by one of the parties, the programme might never get started. At first glance a party’s contribution might appear minimal but it could be critical. Therefore, the scope of “some” should be interpreted broadly.

The definition of “specialisation in exploitation” in Article 1(13) is troubling. The first sentence states that “each of the parties must carry out some of the exploitation of the results in the internal market.” Moreover, “each party must carry out in the internal market some distribution activities regarding the contract products”. In addition, it is said that “this does not include a scenario where only one party produces and distributes the contract products on the basis of an exclusive licence granted by the other parties.”

ICC is aware that the current R&D block exemption has been interpreted by legal advisors as permitting one of the parties to be the sole manufacturer and the sole distributor of the product resulting from the R&D within the EEA, subject to “passive sales” into the EEA by the other party(ies). Such an arrangement is particularly appropriate when only one party is based in Europe and is already familiar with the EEA market. European companies would have less incentives to invest in a joint R&D program if European competition law would require the active entry of a new competitor from outside the EEA as the price for obtaining legal security. Moreover, a supplier based in another region of the world may not necessarily want to be compelled to undertake the expense of entering the European market. Therefore, ICC respectfully submits that the proposed requirements that each party carry out some exploitation in the EEA, and in particular carry out some distribution activities within the EEA, be deleted. Further, an arrangement in which only one party manufactures and distributes the product should not be arbitrarily excluded from the coverage of the block exemption.

In stating that “it is sufficient if only one party is in charge of the production of the contract products”, the draft begs the question whether it is acceptable to specialise in distribution if there is no specialisation in manufacture, *i.e.*, each party manufactures separately. This question has been debated but apparently left unresolved since the time of the predecessor to the current R&D block exemption, with most scholars concluding that specialisation in manufacture is not a prerequisite of specialisation in distribution.⁴⁰³ Now would be a good opportunity for the Commission finally to confirm that the parties may specialise in distribution only.

The draft block exemption defines a potential competitor as one that on realistic grounds would enter the market within three years absent the agreement. ICC finds the selection of this time limit puzzling. Why has a limit of three years been chosen for this block exemption, while for the vertical agreements block exemption regulation the limit that has been established is only one year? (See Guidelines on Vertical Restraints, paragraph 27.) Moreover, a three-year limit seems particularly inappropriate to technology-based industries: in many such sectors, after three years a new generation of technology is often already being rolled out. A three-year limit can only create additional

403

See, e.g., V. Korah, *Research and Development and the E.E.C. Competition Rules: Regulation 418/85 (1986)*, §3.1.7; S. Poillot-Peruzzeto, *L’application du règlement 418/85 de la Commission relatif aux accords de recherche et de développement*, RTDE n°23, juill.sept 1987, p. 481, 491; Ritter and Braun, *European Competition Law: a Practitioner’s Guide* (3d ed. 2004), p.218.

confusion in the application of the regulation; ICC therefore proposes a one-year limit, which is more realistic and also consistent with the vertical agreements block exemption.

A striking proposed change is the introduction of a new condition for the block exemption's application. Under proposed Article 3(2), the parties must disclose all their existing and pending IPR "in so far as they are relevant for the exploitation of the results [of the R&D] by the other parties". ICC recognises that this provision is designed to prevent future hold-up issues. ICC's above comments on the extent of the efforts that must be made to identify existing and pending IPR in standard setting apply similarly here.

In proposed Article 3(4), the Commission has deleted the following sentence, which appears in the current block exemption: "Such right to exploitation may be limited to one or more technical fields of application, where the parties are not competing undertakings at the time the research and development agreement is entered into." Is it the intention to exclude this possibility of limiting exploitation rights of non-competitors by field of use? If so, ICC does not see an obvious justification for the change.

Turning to the revised list of "hardcore" (blacklisted) restrictions, the Draft misses the opportunity to clear up another ambiguity that has persisted in earlier versions of the regulation: Draft Article 5(a) maintains the rule that the parties must be free "to carry out research and development independently or in cooperation with third parties ... after [the joint programme's] completion, in the field to which it relates or in a connected field." Does this preclude the parties agreeing not to sell products that compete with the product resulting from the joint R&D until the end of the period of exemption? Exempting such a non-compete clause is consistent with the exemption of "sales targets" in Article 5(b).

Article 5(c) continues the policy of exempting "the fixing of prices charged to immediate customers." Does this mean that a limited form of resale price maintenance is exempted? For example, may the party that manufactures the product set the resale price applied by the entity(ies) distributing the product?

ICC is meanwhile pleased that the Commission has extended, in Articles 5(d) and 5(e), the right to maintain exclusive distribution territories, exempted by the current regulation, to include exclusive customer groups. This amendment is consistent with the vertical agreements block exemption regulation.

Production agreements

ICC welcomes two important clarifications regarding the treatment of production agreements. First, it is now specified that the guidelines apply to all forms of joint production including horizontal subcontracting agreements. Second, it is recognized that unilateral specialization agreements include the situation where one party *partly* ceases production of a product.

Regarding the parties' ability to fix prices for jointly distributed products, ICC welcomes the deletion from draft paragraph 155 of the requirement to have a "production joint venture" (paragraph 90, second indent of the existing guidelines); this expression was vague and it should be sufficient that joint setting of sales prices be necessary for integrating the production and distribution functions of the agreement.

Paragraphs 169 to 173 discuss commonality of costs. ICC refers to its comments in relation to this subject under commercialization agreements below.

As for the somewhat revised block exemption regulation, ICC refers to its comments above on the introduction of a new definition of potential competitor. ICC also notes the apparent introduction, in draft recital 10, of a second market share threshold of 20% on the merchant market where the agreement concerns intermediary products used captively in the production of downstream products. While ICC understands the Commission's concern over input

foreclosure, the introduction of a dual market share threshold complicates the block exemption and may lead to greater uncertainty regarding its application.

Purchasing agreements

Paragraph 201 posits a fundamental distinction between fixing purchase prices, which is an infringement of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union by object, and where “in the context of purchasing agreements ... the parties to a joint purchasing arrangement agree on the purchasing prices the joint purchasing arrangement may pay to its suppliers for the products subject to the supply contract”. The latter situation is at most a restriction of competition by effect. ICC questions whether more guidance could not be provided on this central distinction.

ICC believes that in the context of joint purchasing the 15% market share “safe harbour” in paragraph 203 is too low. ICC suggests that the Commission substitute a 20% threshold, which would be consistent with the policies of competition law agencies elsewhere, such as those in the United States.

When assessing if the parties to a purchasing agreement have market power, paragraphs 206 and 207 appear to require the parties to undertake a significant effort in detecting the “number and intensity” of networks of agreements between them and their competitors. This may prove difficult where several parties are involved. It may also be risky as it entails certain information sharing, especially on the “intensity” of any such links.

Paragraphs 208 and 209 contain new discussion on commonality of costs. Again ICC refers to its comments in relation to this subject under commercialization agreements below.

Also, as in other sections in the Draft, there is increased emphasis on the need to pass on benefits to consumers in the analysis under Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union, which the ICC supports.

Commercialisation agreements

The most significant change to the Draft's section on commercialisation agreements is the proposed new section on commonality of costs in paragraphs 237 and 238. While this factor is mentioned in paragraph 146 of the existing guidelines, it appears that it will assume far greater importance.

The Draft considers that a commercialisation agreement may restrict competition if it increases commonality of variable costs “to a level which is likely to lead to a collusive outcome”. It adds that this will be the case if before the agreement the parties already had a high proportion of variable costs in common as the additional increment could “tip the balance towards a collusive outcome”. Similarly, if the increment is high, the risk of collusion may be high even if the initial level of common costs is low. Paragraph 238 specifies that commonality of costs only increases the risk of a collusive outcome if the parties have market power and if the commercialisation costs are a large proportion of the products' variable costs.

Economically this would all appear to make sense. ICC submits, however, that some benchmarks or at least further guidance should be provided. For example, what is the level at which existing common costs are likely to give rise to concern? Could the Commission specify a percentage increment that will not generally give rise to a risk of tipping towards a collusive outcome? Finally, what joint market share could be regarded as a safe harbour under paragraph 238? Is this higher than the 15% joint market share used elsewhere in this section? Such questions apply similarly in the other sections of the Draft that refer to commonality of costs.