

PAUTA

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



LA COMPETENCIA ECONÓMICA

No. 72 Noviembre 2014

No. 72 Noviembre 2014

ICC México PAUTA

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

Consejo Editorial

Presidente ICC México

Lic. María Fernanda Garza Merodio

Vicepresidentes ICC México

Dr. Claus von Wobeser.

Lic. Rodrigo Quintana Kawage

Dr. Pedro Aspe Armella

Tesorero ICC México

Lic. José Manuel Suárez Carrillo

Directora General ICC México

Lic. Yesica González Pérez

Directoras de Comisiones y Eventos

Lic. Berenice Alcalá Carrera

Lic. Laura Altamirano López

(Editor responsable de Pauta)

Coordinación de Medios y Comunicación

Lic. Alexandra Ellis Icaza

Creación en formato Electrónico

Lic. Rafael Ríos Kunkel

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 México**. Su distribución es exclusivamente para socios activos de **ICC México**.

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 México**.

Título de la publicación: «**ICC México 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

Renovación de Reserva de Derechos al uso exclusivo Número 04 - 2009 -

071614425400 - 203 Título. ICC MEXICO PAUTA BOLETIN INFORMATIVO DEL CAPITULO MEXICANO DE LA CAMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO A.C.

Género: Difusiones Periódicas

Especie: Difusión vía red de computo

web: www.iccmex.org.mx

ÍNDICE

5	Competencia Económica en México	>
Francisco González de Cossío		
6	Postura ICC México: Sobre la ley Secundaria en materia de competencia	>
7	Postura sobre la Ley Federal de Competencia Económica	>
9	El papel de la eficiencia en el derecho de la competencia	>
Francisco González de Cossío		
12	México New Federal Economic Competition Law (NFECL)	>
Miguel Flores Bernés		
16	Insumos esenciales, una breve reflexión procesal	>
Luis Monterrubio y Alejandrina García		
20	Los insumos esenciales en la legislación mexicana	>
Salvador Apodaca Sarabia		
23	Competencia Económica y la Reforma Financiera	>
Marcos Czacki Halkin		
25	Prácticas monopólicas al otorgar licencias para la explotación de derechos de autor	>
Álvaro Huerta González		
26	La problemática de la determinación del insumo esencial en las nuevas prácticas monopólicas relativas	>
Luis Alberto Aziz Checa e Itziar Esparza Mejía		
27	Las Conferencias Marítimas en México ¿Cárteles legales?	>
Gabriel González Aragón		
29	Essential Inputs and Antitrust Barriers in the Mexican Economic Competition Regime	>
Víctor Pavón-Villamayor		

Estimados socios y amigos,

Es un hecho que la competencia económica es fundamental en cualquier proceso de apertura comercial, pues es sólo a través de ésta, que los beneficios de la economía de mercado pueden llegar a los consumidores.

En México, la disciplina de la competencia tuvo avances con la reciente reforma a Ley de Competencia Económica. La reforma fue un paso acertado para mejorar las condiciones de competencia en sectores claves de la economía así como para propiciar un mayor crecimiento económico en México.

Para promover en nuestro país el comercio internacional justo y la inversión a través de las fronteras, se requiere establecer un marco normativo moderno y efectivo que incremente el bienestar social y promueva un mayor desarrollo económico.

Desde su ámbito de acción, la International Chamber of Commerce (ICC) proporciona a las empresas mejores prácticas que les permitan comprender la importancia de implementar políticas que impulsen una competencia económica justa y eficiente, asegurando una adecuada observancia de la ley.

En ICC México trabajamos para generar lineamientos o recomendaciones de apoyo tanto para empresarios y autoridades, al tiempo de capacitar a la comunidad empresarial en los efectos de las leyes y sus implicaciones, y en la gama de herramientas disponibles para su adecuada implementación.

En esta ocasión, presentamos la Revista Pauta, con una edición especial sobre las principales aristas en el derecho de la competencia. Expertos en la materia nos compartieron su análisis sobre los beneficios y oportunidades en materia de competencia, por lo que confiamos que su lectura les resultará de gran contribución para su estudio.

Exhortamos a la comunidad empresarial a participar en nuestra Organización y en especial en la Comisión de Competencia Económica, para trabajar en asegurar que las necesidades de las empresas y la realidad de los mercados globales sean tomadas en cuenta cuando los gobiernos formulen leyes y políticas de competencia.

Saludos Cordiales,



María Fernanda Garza Merodio
Presidente

“Comienza una nueva era”, es una frase que no se escucha con mucha frecuencia y mucho menos *válidamente*. Suele ser una exageración. Ello es justamente lo que podrá *válidamente* decirse con la publicación de la nueva Ley Federal de Competencia Económica.

Me pongo por un momento en los zapatos de la COFECE y siento lo que creo que sentía aquél Sheik que, recién casado y ante 100 esposas decía: “Sé lo que tengo que hacer, pero no sé por dónde empezar”.

México es uno de los países que más necesita la disciplina de la competencia económica. Estamos plagados de condiciones de mercado que no solo distan de ser competitivas, sino son claramente lesivas a la economía mexicana. Algunas son vestigios históricos. Otros, el resultado de órdenes espontáneos. Pero otros muchos son situaciones intencionalmente creadas por agentes económicos para zanjear mercados. Para enquistar. Para evitar competencia. Para mantener el *statu quo* que le reporta beneficios (rentas).

Como resultado, vista macro-económicamente, la economía mexicana dista de ser lo que podría —*debería*— ser. Y ello nos afecta a todos.

Hoy en día, mucho del valor que genera una empresa se apropia por proveedores de insumos necesarios para realizar la actividad. Desde electricidad, gasolina, telefonía (fija y móvil), comunicación y transportación en general, fe pública, etcétera; la mayoría de los eslabones de la cadena productiva está parasitada. Como resultado, existe un peso muerto e importante en virtualmente toda la actividad económica. Toda. Resultado: mucha menos actividad de la que podría ocurrir —y la que ocurre reporta menos resultados al emprendedor de la que podría —y debería— reportar.

Pero no es la clase emprendedora la que más sufre. El consumidor es que el paga la cuenta final. Desde la presidencia de Felipe Calderón (con las reformas de 2011) se habla que el consumidor gasta el 40% de sus ingresos en rentas supra-competitivas. ¡40%! Invito a que se medite por un momento sobre esto.

Y lo que es peor de todo lo anterior es que afecta más a quien menos tienen. Como dice el dicho común, “es muy caro ser pobre”. Añadiría: más caro aún es ser pobre *en México*.

Por esto, la tarea de las autoridades de competencia no sólo es compleja, sensible e importante. Es *titánica*. Es ante ello que no puedo más que aplaudir la nueva legislación, que repleta el arsenal de la COFECE de herramientas para enfrentar los retos que se avecinan.

ICC México lleva años fomentando dialéctica de competencia. Haciendo lo que llamaré un “acercamiento deferente”. Aunque ICC México es la voz (probablemente) más autorizada de los empresarios, de los agentes económicos, siempre ha procurado que, cuando se analizan temas o se dirige a las autoridades de competencia, se haga defendiendo un *ideal*, no un *interés*. Si se discute un tema, que sea el mérito sustantivo (bajo los ojos de la disciplina de la competencia) el ángulo seguido. El cometido ha sido aprender dialogando.

ICC México le reitera dicho compromiso a la COFECE. Dado el contenido de la nueva ley y su trascendencia, ICC México invita a la COFECE a continuar dialogando sobre competencia económica en México, tomando en cuenta todas las visiones; escuchando todas las voces; pero con un objetivo: refinar la idea de la competencia en México—en su expresión teórica y práctica. Nada más; y nada menos.

Aunque conozco poco a los nuevos funcionarios de COFECE, observo que son personas tanto de ideas como ideales. Siguiendo dicho perfil, me atrevería a humildemente ofrecer algunas **ideas** para discusión y la consecución de dichos **ideales**.

Como ciudadano (como consumidor)

Se suplica — sí, ¡suplica!—hacer un uso asertivo, de sus facultades. Contar menos sus peleas —algo que algunos temen que ocurra dada la cantidad de denuncias declaradas improcedentes en el pasado. Pero no sólo dirigir atención a la clase industrial. La clase política merece ser puesta bajo la lupa. Por ejemplo, ¿por qué no se permite el cabotaje aéreo? ¿Por qué no puede comerciarse con electricidad? Podría continuar con preguntas similares pero por respeto a su tiempo iré al grano: estamos plagados de situaciones (incluyendo barreras) que entorpecen y que descansan en ideas insuficientemente pensadas—por no decir anacrónicas.

Como especialista

Dos comentarios como especialista:

1. **Sustancia:** La trayectoria *sustantiva* de la competencia económica es digna de aplauso. Sé que la apreciación suscitará diferencias; pero esa es mi impresión. Ahora que tenemos una nueva CFC la pregunta obligada es si el tino sustantivo continuará. Si por ejemplo será la ‘eficiencia’ en su expresión paretiana (o más bien Kaldor Hicks) la que prevalezca, y no visiones —para mi gusto incorrectas—en las que tantos otros han sucumbido en tantas partes del mundo.

2. **Proceso:** Un defecto constante de la ley anterior era proceso. Casi era justo decir que el tino sustantivo de la ley era inversamente proporcional al tino procesal.

La nueva ley hace un cambio de 180 grados al respecto. La sugerencia que sobre ello hago es sutil pero importante: el tino *sustantivo* tiene que ir de la mano con el *procesal*. No sólo por la razón evidente (que los tribunales anulen sus actos), sino por que, dada la composición actual del Pleno (mayoritariamente económica), ello implica un reto. Después de todo, el derecho procesal se compone de más de dos mil años de experiencia. *Tiene su chiste*. El nuevo y complejo proceso sin duda pondrá en relieve sutilezas jurídicas procesales.

Propongo estas ideas como un punto de partida para la discusión que hoy ocurrirá, y que necesariamente tendrá que continuar ante esta nueva y robusta legislación. Y en la cual ICC México continuará propiciando.

CONTEXTO

La reforma constitucional en materia de competencia, telecomunicaciones y radiodifusión, publicada en el Diario Oficial de la Federación el pasado 11 de junio de 2013, fue un paso acertado para mejorar las condiciones de competencia en sectores claves de la economía así como para propiciar un mayor crecimiento económico en México. Dicha reforma establece medidas encomiables y largamente esperadas que podrían resolver los graves problemas derivados de la insuficiente competencia, la elevada concentración y los abusos de la dominancia que nuestro país padece en diversos

mercados de bienes y servicios, particularmente en las industrias de telecomunicaciones, radiodifusión y en algunos mercados de bienes de consumo básico como alimentos, bebidas y medicamentos, que afectan a la mayoría de la población. Las leyes secundarias que deben discutirse y aprobarse a la brevedad significarán el éxito o fracaso de la reforma constitucional, en la medida que establezcan procedimientos más eficaces y expeditos para los fines que se persiguen y se aclare el alcance de las nociones conceptuales que la reforma ha decidido instrumentar.

COMENTARIO GENERAL

Por lo anterior, ICC México hace un llamado a que dicha legislación secundaria cumpla eficazmente los objetivos planteados en la reforma constitucional, la cual está orientada a establecer un marco normativo moderno y efectivo que incremente el bienestar social y promueva un mayor desarrollo económico.

SUGERENCIAS

1. Que el régimen *sustantivo* de competencia económica se mantenga, en su esencia, inalterado, pues el existente ya contiene las figuras jurídicas más aceptadas por la doctrina y práctica nacional e internacional –incluyendo la práctica de nuestros principales socios comerciales– en materia de competencia económica. En particular, se considera innecesario incorporar nuevos tipos de prácticas monopólicas y adicionales tipos penales especiales en las leyes secundarias de competencia y telecomunicaciones o en códigos penales. Naturalmente, el nuevo marco normativo que emane de la legislación secundaria deberá incorporar los nuevos preceptos que mandata la reforma constitucional.
2. Que la legislación secundaria en materia de competencia económica esclarezca el significado y alcance de nociones conceptuales claves que derivan de la reforma constitucional como en el caso de los insumos esenciales o la desincorporación de activos productivos.
3. Que el régimen procesal se modifique significativamente con miras a:
 - a) Establecer un proceso más eficiente;
 - b) Contar con un régimen de medidas precautorias eficaces;

- c) Perfeccionar la posibilidad de obtener indemnización por daños y perjuicios ocasionados por prácticas anticompetitivas (individual y colectiva);
 - d) Establecer normas que doten de facultades investigadoras y sancionadoras estrictas, con procesos claros que respeten debido proceso, principalmente en verificaciones, órdenes de desincorporación y acceso a insumos esenciales;
 - e) Permitir instancias de comunicación entre los agentes económicos y el Pleno que permitan resolver con mayor prontitud posibles riesgos a la competencia (por ejemplo, desarrollando instancias de análisis de concentraciones que permitan a los agentes económicos ofrecer remedios y compromisos ante riesgos a la competencia de manera previa a una resolución final del órgano competente).
4. Que se expidan los reglamentos de las leyes secundarias de competencia y telecomunicaciones y radiodifusión en un plazo breve posterior a su publicación.
 5. Que el Poder Judicial destine recursos suficientes y en forma oportuna para fortalecer y mantener la especialización de los juzgadores en las materias de competencia, telecomunicaciones y radiodifusión, así como la más amplia difusión de sus sentencias.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC)

La International Chamber of Commerce es la organización mundial de las empresas que promueve el comercio y la inversión a través de las fronteras, el sistema de economía de mercado y la integración económica global como fuerzas para generar crecimiento sustentable, creación de empleos y prosperidad.

Con sede en París, Francia y fundada en 1919, la ICC da voz a las empresas tanto a nivel internacional como nacional, a través de sus 130 Comités Nacionales distribuidos en todos los países. Como organización mundial del sector privado agrupamos más de 6.5 millones de empresas en todo el mundo.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE MEXICO (ICC México)

El Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (ICC México), fue fundado en el año de 1945, como organismo de afiliación voluntaria, destinado a vincular a las empresas establecidas en México, con el objetivo de promover el cabal establecimiento de una economía global de mercado con responsabilidad social, ética y ecología, y auspiciar una mayor certidumbre para las operaciones empresariales internacionales con la firme convicción de que el intercambio comercial promueve la prosperidad y la paz entre las naciones.

CONTEXTO

La International Chamber of Commerce México (**ICC México**) presenta comentarios a la iniciativa de Ley Federal de Competencia Económica presentada por el Ejecutivo Federal a la H. Cámara de Diputados el día 18 de febrero de 2014 con el deseo de que sean tomados en cuenta durante el proceso legislativo.

I. COMENTARIO GENERAL

La Iniciativa contiene avances en la dirección correcta para implementar la modificación constitucional del 11 de junio de 2013. Dada la complejidad de la materia y los intereses en juego, era fácil que el texto de ley secundaria fuera cuestionable e hiciera nugatoria la modificación constitucional *inter alia* a través de legislación ineficaz. La Iniciativa refleja algo distinto. Es un paso congruente con la seriedad con que se toma la materia. Más aún, es un proyecto que en su mayoría es acorde a las prácticas internacionales más aceptadas.

No obstante, la iniciativa también contiene propuestas de disposiciones que podrían generar problemas de interpretación, constitucionalidad o afectación de las inversiones y la innovación en México.

II. SUGERENCIAS

A continuación se hacen algunas sugerencias a la Iniciativa.

1. Insumos esenciales

La definición contenida en el artículo 60 es demasiado amplia si se compara con la teoría y práctica internacional más aceptada. Ello puede ser resultado del deseo de redactar una norma que permita ampliar el margen de maniobra de la autoridad ante situaciones de falta de competencia. Pero puede también prestarse a mermar el valor y lastimar valores creados por agentes económicos, lo cual sería lamentable pues lesionaría un fenómeno deseable: la eficiencia dinámica (la investigación y el desarrollo tecnológico). Se estima que es importante incorporar textos que protejan las inversiones y la innovación en México. Por ende, la Comisión propone que:

- Se revise la definición de “insumo esencial”, evaluando la posible acotación del término “viabilidad” (fracción II del artículo 60) propondríamos por “imposibilidad”;
- La figura de insumos esenciales sólo sea aplicable en casos de prácticas monopólicas relativas, análisis de concentraciones o determinación sobre condiciones de competencia efectiva;
- Se incorpore un análisis dinámico de mercados relevantes y relacionados que busque proteger las inversiones y la innovación cuando se analice el concepto de insumo esencial; y
- Se revise el procedimiento previsto en el artículo 94 de la iniciativa para eliminar ambigüedades y posibles daños a los incentivos para invertir e innovar.

Con respecto al procedimiento contemplado en el artículo 94, el Comité desea someter a la consideración del Congreso que se reevalúe mantener dicho procedimiento. La propiedad o posesión de un insumo esencial no deben ser sancionadas por sí mismas, sino solo cuando el propietario o poseedor de dicho insumo realiza conductas que

impiden o afectan la libre competencia o concurrencia o restringen el acceso a dicho insumo a otros agentes económicos. Por lo tanto, esa conducta debe encuadrarse en la lista de prácticas monopólicas relativas del artículo 54 de la LFCE y su investigación y sanción debe provenir de una afectación real a un agente económico, que tiene el derecho de denunciarla conforme al artículo 67 de la LFCE. y conforme al procedimiento para investigarlas establecido en los artículos 66 a 85 de la LFCE.

2. Barreras

Los artículos 52, 55 y 57 de la Iniciativa parecen crear un nuevo concepto de violación denominado “barreras a la competencia” que, combinado con el procedimiento contenido en el artículo 94 de la Iniciativa, permitiría ordenar la regulación de un mercado y hasta la desincorporación de activos, acciones o partes sociales de los agente económicos.

El concepto no está suficientemente definido, lo que lo hace peligroso. No hay precedentes internacionales congruentes con la forma en que el concepto es usado en la Iniciativa. Si se considera que las principales barreras a la competencia derivan de regulación gubernamental, la postura incluida en la Iniciativa no lo aclara. Por ello, la Comisión propone que:

- Dicho concepto no sea incorporado en el Derecho de la Competencia en México, en la forma planteada. Se adjunta artículo en idioma inglés, en el que se abunda al respecto de acuerdo con la práctica internacional;
- Su utilización como parte del análisis de competencia (en la forma en que lo hacía la anterior ley y en los artículos 58 y 59 de la Iniciativa) es la apropiada y suficiente. Posiblemente, no sea necesario crear un tipo adicional.
- El combate a las barreras también se podría hacer a través de la emisión de opiniones (vid §4, *infra*).

Con respecto al procedimiento contemplado en el artículo 94, el Comité desea someter a la consideración del Congreso que se reevalúe mantener dicho procedimiento. La investigación y potencial sanción de barreras a la competencia mediante una investigación unilateral, resultarían en una incertidumbre jurídica, toda vez que quedaría al arbitrio de la autoridad investigadora la determinación de lo que es una barrera a la competencia. En lugar de esa investigación del artículo 94, podría otorgarse a la Comisión Federal de Competencia Económica la facultad de emitir opiniones obligatorias en materia de acuerdos, leyes, reglamentos y demás disposiciones legales que pudieran constituir barreras a la competencia bajo un procedimiento que estableciera bases claras para emitir dicha opinión y proponer remedios. Una investigación tan amplia, discrecional y sin sustento claro como la del artículo 94 excedería los principios y parámetros internacionales, afectando el clima de negocios y de inversión de México.

3. Estrechamiento de márgenes

Contemplar la figura de “estrechamiento de márgenes” como práctica monopólica es un paso cuestionable. No sólo *no* es una práctica internacionalmente aceptada, sino que, más que una práctica digna de sanción, es el resultado de otras prácticas (mismas que ya están adecuadamente contempladas en la Iniciativa). Por ende, se recomienda su eliminación de la Iniciativa.

4. Opiniones vinculantes

La inexistencia de opiniones vinculantes es lamentable. Son un instrumento de seguridad jurídica, particularmente en una materia que contiene conceptos económicos y textos abiertos. Por ello, la Comisión recomienda que se incluya la posibilidad de emitir opiniones vinculantes ante acercamientos que realicen agentes económicos.

5. Terceros. *Amicus curiae*

Se sugiere contemplar la posibilidad de que terceros puedan hacer valer preocupaciones (vía *amicus curiae*) a ser tomadas en cuenta por las autoridades al decidir ciertas cuestiones, como son concentraciones, como lo hacen (con tino) otras jurisdicciones. Para ello, se recomienda contemplar la facultad en la ley, especificando que la forma de presentar dichas preocupaciones se determinará en el reglamento.

6. Arresto de personas; inhabilitación de directivos y elevación de sanciones penales

Se estima que deben desaparecer las facultades de la Autoridad Investigadora para imponer como medida de apremio el arresto. Asimismo, no es una práctica internacionalmente reconocida la imposición de una sanción de inhabilitación para practicar el comercio a aquellas personas que violen la ley de competencia. En todo caso, debería acotarse sólo a prácticas monopólicas absolutas y nunca a relativas. Por último, no se encuentra justificación alguna para elevar la sanción penal cuando nunca se ha aplicado este artículo.

7. Intercambio de información

Eliminar que el intercambio de información sea delito (lo cual es un cambio de último momento realizado al artículo 254bis del Código Penal Federal).

Cuando se diseñó ese artículo en el año 2011 se tuvo cuidado de no convertir en delito el simple intercambio de información (sin efectos finales) para fijar precios, restringir el abasto, segmentar mercados o coordinar posturas en licitaciones. Si bien el intercambio de información –no sistemático puede ser actualmente sancionable vía administrativa, sancionar con pena de prisión esa conducta esporádica y que no cause un efecto en el mercado parece un exceso.

“Eficiencia” es un término no sólo equivoco, sino multívoco—tanto en el lenguaje común y corriente, como científico. Siendo *el fin* que persigue el derecho de la competencia,¹ su dilucidación es crucial. A continuación propongo la adopción de una acepción para efectos del derecho de la competencia, defendiendo la idea que *cualquier* género de eficiencia debe contar para efectos del análisis competitivo.

El escenario descrito y ejercicio propuesto no debe sorprender. El derecho se sirve de otras disciplinas para nutrirse y lograr sus objetivos. Ello es aceptado y frecuentemente realizado, por lo que abundar sobre ello sería trillado. Lo que es relevante recalcar es que, cuando la materia deriva de paradigmas de otra ciencia—como es el caso de la competencia, cuyo *leitmotif* es económico—el ejercicio es obligado.

Noción de ‘eficiencia’

Existen diferentes tipos de ‘eficiencia’: productiva, asignativa, distributiva, técnica, dinámica, estática, Pareto, Kaldor-Hicks, específica, genérica, tangible, intangible, la derivada de sinergias, la propiciada por economías de escala o economías de ámbito, etcétera. De las diversas nociones de ‘eficiencia’, la que mejor explica lo que busca lograr el derecho de la competencia es la eficiencia ‘Kaldor-Hicks’. Para entenderla, comenzar con la eficiencia ‘Pareto’ es de utilidad.

Un escenario será más ‘Pareto-eficiente’ si puede mejorarse la situación de alguien, sin empeorar la de otro. Si del cambio de escenario *A* a escenario *B* se beneficia a alguien² sin lastimar a otro. Ello es visible cuando la persona que es mejorada estaría dispuesta a compensar a la que permanece intacta por el cambio de circunstancias, aunque ello no suceda. El motivo: el (nuevo) escenario —aquel derivado del cambio de circunstancias— es mejor en que *alguien* está mejor.

La eficiencia Kaldor-Hicks lleva el postulado al extremo. Un escenario será más ‘Kaldor-Hicks-eficiente’ si puede mejorarse la situación de alguien más de lo que se empeora la de otro. Es decir, no exige que no se afecte a nadie (como lo hace la Pareto eficiencia). Lo que exige es que el resultado *agregado* sea positivo. Que el ‘lastimado’ sea menos lastimado que lo que es beneficiado el ‘beneficiado’. Por ende, bajo esta óptica también ocurre que el ‘beneficiado’ estaría dispuesto a compensar al ‘lastimado’, aunque ello no ocurra, pues su beneficio sobrepasa el costo absorbido por el afectado.

La eficiencia Kaldor-Hicks es la que mejor explica lo que busca lograr el derecho de la competencia. En su expresión más refinada, el derecho de la competencia propicia mercados competidos por que, cuando existen, el resultado que arrojan es el mejor *para todos* — no sólo un grupo social. La preferencia es agregada. Si un observador neutral observara el beneficio de la clase productora y el beneficio de la clase consumidora en un escenario competitivo y en un escenario que dista de serlo (por ejemplo, monopolizado), concluiría que, por lo general, es más socialmente deseable contar con un escenario competitivo. No porque se busque privilegiar a los *productores*; no por que se busque privilegiar a los *consumidores*; sino porque el resultado *agregado* es superior. ¿Cómo? En que es más ‘eficiente’. En que los recursos sociales destinados a resolver las necesidades de una sociedad son mejor empleados.

Esta noción es mejor capturada y descrita por la noción de Kaldor-Hicks: un mercado competido es más Kaldor-Hicks-eficiente puesto que se evita desperdicio: aquellas operaciones que no ocurren porque el agente económico dominante estableció un precio supra-competitivo siendo que hubiera estado dispuesto a realizar dichas operaciones a un precio inferior (competitivo) por el sencillo hecho que superan costo.³

Lo anterior es digno de enfatizar pues existen visiones diversas sobre lo que busca la competencia económica. Me sumo a la corriente de opinión que aduce que la competencia económica debe entenderse como un instrumento para lograr ‘eficiencia’ en su sentido económico (el explicado: Kaldor Hicks). De todas las visiones, es la que mejor captura, en mi opinión, lo que *en verdad* busca el instrumento de la competencia.

Esta noción ha encontrado adeptos y detractores. De entre los segundos, hay quien considera que lo que busca la competencia es incrementar el beneficio *del consumidor*. Los motivos son muchos, y no son objeto de este comentario.⁴ Lo que a continuación menciono es el efecto que dicha visión tiene en el tema que aquí abordo.

1 Artículo 2 de la Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación de 23 de mayo de 2014 (“*LFCE*”), al decir “Esta Ley tiene por objeto promover, proteger y garantizar la libre concurrencia y la competencia económica, así como prevenir ... castigar severamente las prácticas monopólicas ... y demás restricciones al funcionamiento *eficiente* de los mercados” (énfasis añadido).
2 El ‘alguien’ puede ser una persona o grupo social.

3 Incluyendo una renta razonable por encima del costo de producción.

4 Para abundar sobre ellos, consúltese González de Cossío, *COMPETENCIA*, Ed. Porrúa, segunda edición, 2014 (en edición).

¿Cuáles eficiencias cuentan para el análisis competitivo?

Quienes consideran que el derecho de la competencia busca beneficiar al consumidor tienden a considerar que las eficiencias dignas de poner en la báscula del análisis competitivo⁵ son únicamente aquellas que resultan en bienestar del consumidor. Otras eficiencias merecen menor peso en el análisis competitivo o pueden ser descartadas *in toto* por el simple motivo que no logran el cometido pro-consumidor.

Postulo que dicha visión no es consistente con los *verdaderos* objetivos del derecho de la competencia. Aquellos que dan lugar a los resultados que más nos interesan lograr. El motivo es sencillo: mucha actividad económica ocurre porque es eficiente. Por que conviene. ¿A quién? ¡A todos! La actividad económica, cuando voluntaria, ocurre porque todos los participantes de la misma se benefician. A quién beneficia más es una pregunta con respuestas diversas y que no admiten generalización. Tomar por ende la postura que tiene que beneficiar al consumidor es criticable puesto que, por el sólo hecho que ocurra *voluntariamente*, es *en sí* plausible. Quién apropia más beneficio de la operación es tan casuista como difícil de discernir. Y no admite generalización. Lo único que *siempre* es cierto es que, si es voluntario, todos se benefician —aunque unos se benefician más que otros.

La simplicidad del argumentolo hace fácil de subestimar. Sin embargo, es un argumento poderoso. Y de ser ignorado, el resultado desastroso: se desincentivará, prohibirá y a veces sancionará conducta que ocurre, no porque el agente económico desee incurrir en prácticas anticompetitivas, sino porque la conducta es conveniente.

Por ejemplo, si una restricción vertical tiene por efecto que el agente económico apropie mucho o todo del bienestar del consumidor de un mercado en particular, conforme a la perspectiva del consumidor, la restricción podría ser sancionada. Si una concentración tiene por objeto lograr una sinergia que permitirá que el agente económico reduzca costos de transacción en forma importante, sin que sea visible que en el futuro inmediato ello repercuta en una reducción sensible de precio, podría suceder que la concentración sea prohibida.

Ambos escenarios serían lamentables. El que el agente económico apropie todo el bienestar del consumidor no es motivo para recriminar, sino aplaudir. El que el agente económico haga más productivos sus activos vía una concentración (que *ex hypothesi* involucrará

una inversión) es motivo para aplaudir al estratega que percibió la oportunidad y la logró. Ambos escenarios involucraron destreza de negocio. Ambos son responsivos a claridad conceptual sobre lo que buscan los negocios. Y ambos escenarios son plausibles en que implican una reorganización de activos para ser más productivo. Más eficiente. Sin embargo, bajo la noción que tiene que demostrarse que existirá un bienestar *del consumidor*, las conductas descritas serán vistas con sospecha — una ironía, pues invitan manazo cuando lo que debería haber es aplauso.

Statu quo del tema

La Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) parece traer un sesgo a favor la postura que cuestiono. Y se ha acentuado. Mientras que la ley de competencia anterior sólo traía una mención en dicho sentido, la nueva ley la repite en lugares diversos. La ley anterior exigía, en el último párrafo del artículo 10, que el análisis competitivo conjugara el siguiente cometido:

Para determinar si las prácticas a que se refiere este artículo deben ser sancionadas en términos de esta Ley, la Comisión analizará 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. Estas ganancias en eficiencia podrán incluir ... así como las demás que **demuestren que las aportaciones netas al bienestar del consumidor derivadas de dichas prácticas superan sus efectos anticompetitivos.**

(énfasis añadido)

La nueva LFCE, lejos de filtrar esta impureza conceptual, le ha dado eco—y en varias ocasiones.

Al aludir a las prácticas monopólicas relativas, el artículo 55 dice que serán ilícitas a menos que el agente económico demuestre que:

genéran ganancias en eficiencia e inciden favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia superando sus posibles efectos anticompetitivos, y resultan en una mejora del **bienestar del consumidor.**

(énfasis añadido)

⁵ Aquél que ocurre conforme a los artículos 54, 55, 56, 58 y 59 de la LFCE.

Para ello, pueden ser consideradas:⁶

Las demás que demuestren que las aportaciones netas al **bienestar del consumidor** derivadas de dichas prácticas superan sus efectos anticompetitivos.

(énfasis añadido)

En materia de concentraciones, el artículo 16 del reglamento de la ley anterior decía:

... se considerará que una concentración logrará una mayor eficiencia del mercado e incidirá favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia, cuando los agentes económicos demuestren que las aportaciones al bienestar **del consumidor** que se derivarán de dicha concentración superarán de forma permanente sus efectos anticompetitivos.

(énfasis añadido)

Las Disposiciones Regulatorias de la nueva LFCE⁷ indican que se entenderá que una concentración incrementa 'eficiencia' cuando se demuestre que:⁸

... las ganancias en eficiencia superarán de forma permanente efectos anticompetitivos y mejora **bienestar del consumidor**.

(énfasis añadido)

Y que se considerarán:⁹

Las demás que demuestren que las aportaciones netas al **bienestar del consumidor** derivadas de la concentración superan sus efectos anticompetitivos.

(énfasis añadido)

Y en el contexto de la investigación sobre la existencia de condiciones de competencia efectiva, se considerarán los:¹⁰

... efectos anticompetitivos que ... result[e]n en una mejora del **bienestar del consumidor**.

(énfasis añadido)

Como puede verse, lo que era una excepción —resbalón, dirían unos— se ha propagado. La importancia de ello está por verse, ahora que comienza una nueva era de la competencia económica en México. En el pasado, el punto tuvo un impacto inocuo, por lo menos del análisis ostensible de las resoluciones.¹¹ Es de esperarse que la tendencia continúe. De no ocurrir, estaremos desincentivando conducta económica deseable, y sancionando a quien deberíamos estar aplaudiendo.

6 Párrafo (g) del artículo 55 de la LFCE.
7 Diario Oficial de la Federación, 8 de julio de 2014 ("Disposiciones Regulatorias").
8 Proemio del artículo 7 de las Disposiciones Regulatorias.
9 Fracción VI del artículo 7 de las Disposiciones Regulatorias.
10 Último párrafo del artículo 94 de la LFCE.

11 Es de admitirse que, aunque los casos al día de hoy resueltos no muestran que esta cuestión haya tenido un efecto serio, no sabemos si sí tuvo impacto y la motivación de las decisiones vertidas en la resolución simplemente no fue enteramente fiel al análisis seguido (algo que es fácil que suceda inclusive inadvertidamente, especialmente en casos difíciles).

México New Federal Economic Competition Law (NFECL) (Enters into force in July 7th, 2014)

PAUTA

Miguel Flores Bernés *

*Vicepresidente Comisión Competencia Económica ICC México y socio de RRH Consultores S.C.

1. - Origin.

The new law derives from the 2013 Constitutional amendment on telecommunications and competition/antitrust matters. With this amendment:

- The former competition authority was transformed into a new agency with constitutional autonomy (COFECE) and a new regulator on Telecommunications and Broadcasting was vested with authority on antitrust matters related to those industries (IFT2)
- All Commissioners of both authorities were renewed.
- A new Competition Prosecutor, independent from the Commissioners, was created (both in the IFT and in the COFECE).
- COFECE and IFT were granted with the authority to issue regulation (laws and technical criteria).
- It was determined that only an “indirect Amparo” (Constitutional protection similar to the “Habeas Corpus”) proceeds against resolutions of the new authorities, without injunction (except for fines cases and divestiture orders from the COFECE).
- Specialized Federal Tribunals on Competition, Telecommunications and Broadcasting Affairs were created.
- New powers were granted to the new authorities such as the power to order measures to eliminate “competition barriers”, to regulate the access to “essential inputs”, and to order the divestiture of assets, rights, social parts or shares of the economic agents, in the proportions necessary to eliminate anticompetitive effects.
- An instruction to review criminal matters in economic competition issues was incorporated.

2. – NFECL

In general, the law maintains the principal functions of a competition authority, i.e., to pursuit absolute monopolistic practices (cartel conduct); relative practices (dominance abuse) and merger control.

Some changes were made in order to adjust these procedures to constitutional provisions and certain legislative innovations were included. The most important changes derive from the creation and regulation of new powers for the competition authorities, in particular those regarding to competition barriers and essential inputs regulation, besides criminal matters. The main changes will be briefly described following the structure of the NFECL.

2.1 “Organization and Operation”

The purpose of the law is reflected in its text and will remain to be seeking for more efficiency in the markets (i.e. enhancing consumer welfare).

The law incorporates a new Article with definitions, including the definition of competition barriers, which does not have any precedent either at national or international level and that reads as follows:

“Any structural characteristic of a market, as well as any event or act of the Economic Agents which has as an object or effect to hinder the access to competitors or to limit their capacity to compete in the markets, or which hinder or distort the process of competition and free concurrence; as well as the legal dispositions issued by any governmental order which improperly hinder or distort the process of competition and free concurrence.”

The law maintains the current exemptions on the application of competition law to those economic areas which are reserved to the Mexican State (such as electricity, oil, and nuclear energy), as well as issues related to trade unions and intellectual property rights. The general provision which allows the establishment of maximum prices in goods and services (priordeclaration of an absence of effective competition) is preserved.

A new “Competition Prosecutor” (Autoridad Investigadora), appointed by the Commissioners (five votes) with exclusive powers to initiate investigations and with technical independence, is created.

A new Internal Audit Office, appointed by the House of Representatives (Cámara de Diputados), is created.

2.2. - “Anticompetitive Conducts”

2.2.1 Cartel conduct (Absolute Monopolistic Practices)

Absolute Monopolistic Practices (cartel conduct) consist in agreements among competitors to fix prices, allocate markets, control supply or bid-rigging.

A potentially dangerous new provision states that a mere information exchange between competitors -not including additional elements for collusion- would be punishable.

Fines may be up to 10% of the annual net income of a company in Mexico.

Article 254 bis of the Federal Criminal Code has been modified in order to increase the prison time applicable from 5 to 10 years (whereas before it was from 3 to 10 years), including cases of information exchange between competitors.

Company directors who participate in these conducts may be subject to administrative sanctions, including a prohibition to perform the same functions in other companies for a period up to five years.

2.2.2 Abuse of dominant position:

In Mexico, it is not illegal to be a dominant firm; however the Law has a catalogue of strategies for the displacement of competitors that, if carried out by an agent with substantial market power, may be sanctioned, provided that their effects are more negative than beneficial for the consumers (i.e. rule of reason). This list includes the following activities:

- Exclusive Distribution
- Establishment of resale price (conditions)
- Exclusivity agreements
- Tied Sales
- Denial of treatment
- Predatory pricing
- Price discrimination
- Crossed subsidies
- Boicots
- Raising rivals costs

This new law incorporates two new practices to this list, both linked to the “essential facilities (inputs)” doctrine.

The new sections includes:

XII. The refusal, restriction of access or access in discriminatory terms and conditions to an essential facility (input) from one or various Economic Agents, and

XIII. The narrowing of margins, consistent in the reduction of the existing margin between the access Price to an essential input provided by one or various economic agents and the price of the good or service offered to the final consumer by these same economic agents, using the same input for their production.

In this regard, the law introduces the concept of “essential input”. In order to define an essential input, the law provides that the competition authority may consider:

- If the input is controlled by a dominant agent or agents.
- If its reproduction is not feasible from a technical, legal or economic point of view.
- If the input is necessary for the provision of goods or services by competitors.
- The circumstances under which the dominant firm was able to control the input.
- Any other criteria issued by the authority (authorities may issue such criteria in the term of six months).

In relation to essential inputs, “margin squeeze” has been a debatable matter around the world. The difference between a duty to deal and a margin squeeze has also been discussed and absent a duty to deal, some jurisdictions do not consider the margin squeeze as a competition offence. In fact, in some jurisdictions it has been considered that a regulator would be better placed than a competition authority to deal with these cases. It is questionable whether margin squeeze is a single abuse, or if it's connected to other more common types of monopoly power or market power abuse.

Economic fines were not modified (8% of the annual net income), however directors or personnel who participate in a practice on behalf of an undertaking may be subject to an order of disqualification for up to five years.

Additionally, the authority has the power to impose precautionary measures, at any moment of the investigation, consisting in interim orders to temporary stop performing certain conducts.

2.2.3 Merger control

Competition authorities commonly impose prior notification procedures and analysis of large mergers and acquisitions (there is a determined threshold) to prevent damages to competition (such as the creation of substantial market power or coordinated effects among competitors). Most of the changes to the law were related to the merger control procedure.

- An important modification is that all mergers, subject to prior notification, will not be able to be finalized before the authority issues a final resolution.
- The term for the resolution has increased from 35 working days to 60 working days.
- These changes may affect international transactions having effects in Mexico.
- A merger can be approved by a competition authority

subject to remedies that can reduce competition problems or concerns; however the new law does not provide a transparent procedure to submit remedies and discuss alternatives with Commissioners.

2.3. "Procedures"

2.3.1 Investigation of cartels and abuse of dominance procedures.

The competition authorities may initiate an investigation procedure on their own or upon request of any interested person. Also, the Government, through the Ministry of Economy and the Consumers Agency -PROFECO- can request the authorities to initiate the procedure; these types of investigations will have a preferential treatment.

The investigation will be carried out by the new "Competition Prosecutor" who will have the authority to:

- Collect any type of evidence.
- Order "dawn raids".
- Send information requests to companies.

Destroying evidence in the process of a "dawn raid" is now considered a federal crime.

Once the investigation is concluded, the Competition Prosecutor will issue a recommendation to the Commissioners, who will decide if a formal accusation is issued against the company or persons under investigation. In case of cartel conduct, the competition authority will present a formal complaint with the Federal General Attorney so that criminal procedures can initiate.

The general procedure has become an adversarial procedure, that is, the accused party will have the right to defend before the Commissioners who will be acting as an Administrative Tribunal.

2.3.2 "Special Proceedings"

2.3.2.1 Market investigations to consider the existence of "competition barriers" and the existence of "essential facilities/inputs" that need to be regulated

The procedure starts at the initiative of the competition authority or upon request of the Government, when it is considered that a market might not be subject to "effective competition".

The objective of this procedure is to determine the existence of "competition barriers" that need to be dismantled or of "essential facilities/inputs" that need to be regulated. However, these concepts are not precisely defined in the law.

- The Competition Prosecutor carries out the investigation and issues a preliminary finding.

- The concerned parties have a right of defense and can submit arguments and evidence.

- The Commissioners will issue a final resolution in which they can decide to:

- . Recommend an authority (Federal, Local or Municipal) to proceed to eliminate the barrier to competition.
- . Order an undertaking to eliminate the competition barrier.
- . Determine the existence of essential facilities/inputs and issue guidelines to regulate the access, prices or rates, technical conditions and quality of such inputs.
- . Order a company the divestiture of assets, rights, or shares in the necessary proportions to eliminate the anticompetitive effects.

2.3.2.2. Market investigation to establish maximum prices or to declare an undertaking to be dominant.

This is not a new procedure; it has been used to declare the existence of dominant agents or to state that there are no effective competition conditions, for example in the LP Gas or Telecommunications sectors. The final decision of the Commissioners allows the authority to regulate maximum prices or to impose a specific regulation to an undertaking.

2.3.2.3 Favorable opinions on competition matters to participate in certain tenders to provide public services.

Some administrative laws, require a favorable opinion of the Competition Authority in order to participate in public tenders to provide a service that the law considers to be a public service (airports, ports, railroads, TV and Radio, telecommunications, among others) or to use a federal public good (such as the electromagnetic spectrum). The analysis is very similar to a merger analysis and the same laws and criteria will apply. There are no relevant changes to this procedure.

2.3.2.4 Early termination procedures applicable to abuse of dominance investigations.

This procedure applies for relative monopolistic practices investigations (abuse of dominance and prohibited mergers). Once a company is under investigation it has the right to present to the competition authority commitments to suppress and correct the practices in exchange for a reduction of a possible fine.

Under the previous law, this procedure could be initiated at any time before the issuance of a final decision of the competition authority. However, the new law only allows it to commence before the formal accusation is issued. This new feature may discourage the use of this mechanism, which has been proved to be successful in the past to avoid long and cumbersome procedures and eliminate risk of negative media reports.

2.3.2.5 Leniency program

The leniency program is applicable to monopolistic absolute practices (cartel conduct). An individual or a corporation that participates in cartel conduct may obtain the benefit of reduction of fines if:

- The individual or company cooperates with the authority; and
- The individual or company is the first to submit enough evidence to either initiate an investigation; or to simply presume the existence of cartel conduct. In this regard, the new law is reducing the evidentiary burden since the previous statute required that the evidence presented had to be sufficient to actually prove the existence of the cartel conduct.

The “first to tell” will have a 100% reduction of its fine, however those that arrive later on, and provide the authority with new evidence, might also be candidates to obtain reductions from 50% to 20% of the fines.

A major benefit is that all participants in the leniency program will have immunity on criminal matters.

Since 2006, the leniency program has been successful in Mexico and we can foresee that it will continue to be the most important tool for Mexican competition authorities in their fight against cartel conduct.

2.3.2.6 Request for opinions and general orientation to the authorities

The new law creates a procedure to request the opinion from the competition authorities with regards to new or unsolved matters relating with the interpretation and application of the law.

The competition authority may answer such requests by issuing a formal opinion if it considers them as a relevant topic for the market and has the possibility to gather all necessary information. We do not foresee that this procedure will be very helpful since the law incorporates complex requirements in order for the procedure to start.

2.3.2.7 Fines, recidivism and divestiture of assets

The level for fines was not modified in the new law and remains up to 10% of the income for cartel conduct and 8% for abuse of dominance position.

An important innovation is the possibility to ban the individual from acting as a counselor, director, manager, executive, agent, general or special representative in a corporation for up to five years; which can be applicable to those who participate (directly or indirectly) in cartel conduct or in a conduct considered to be an abuse of dominance in representation or on behalf of a corporation.

In addition, the law now introduces a generic concept for recidivism or “second time offender”. Now, any breach of the law would qualify as recidivism even if the conduct was different.

The order for divestment of assets or shares as an administrative measure applicable to an undertaking that has breached the law existed in the former law; however with the new law such measures would be applicable with the second breach and without being necessary that the conduct affects the same relevant market.

2.3.2.8 Private action

Competition authorities impose fines on undertakings that have incurred in anticompetitive conduct. However, any injured party affected by such infringement is entitled to compensation for any harm caused.

To claim damages an injured party must initiate a private action in court. In Mexico procedural rules are not clear. In 20 years only two injured parties have sued in court to recover damages and both have failed.

An efficient system of private enforcement will make offenders think twice before breaking the law.

The new Law incorporates special rules to claim compensation in courts. Any loss or damages derived from the infringement of the competition law shall be claimed before the Specialized Courts on Competition, Telecommunications and Broadcasting Matters. This would apply to individual actions and class actions. All claims may be presented once the competition authority has issued a final decision on the matter.

3. - Main implications for corporations doing business in Mexico

The new law may generate uncertainty not only for corporations doing business in Mexico that have high participations in the market; but also for those which participate in markets with few players due to the existence of entry barriers.

The competition authorities still need to develop administrative practice concerning diverse matters including merger control; the interpretation of the new types of monopolistic practices incorporated in the law (cartel and abuse of dominance conduct); and the definition of concepts such as: “essential facilities/inputs” and “competition barriers”.

Among other things and in the short term, competition authorities will need to issue guidelines and technical criteria to provide more legal certainty in the application of the law.

Criminal law related to competition matters has become harsher. The new crime of information exchange between competitors generates great uncertainty since any sporadic exchange, even because of an error, may be translated into a very high punishment (5 to 10 years of jail). The threat of disqualification to directors and representatives of an undertaking results also in a new risk.

Corporations doing business in Mexico would need to evaluate these new risks and consider reviewing their policies and strategies to avoid unnecessary complications.

Por Luis Monterrubio y Alejandrina García*.

*Socio y Asociada, Noriega & Escobedo, A.C.
"Todos los caminos conducen a Roma".

I. INTRODUCCIÓN:

Los criterios legales para determinar si existe un insumo esencial¹, son obligatorios tanto en el procedimiento general seguido para sancionar una práctica monopólica relativa que lo involucre, como en el procedimiento especial del que deriven las medidas regulatorias tendientes a promover un acceso equitativo al mismo².

Por otro lado, la Comisión Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo Cofece) dentro de la resolución emanada de un procedimiento general, puede ordenar medidas para regular el acceso al insumo esencial bajo el control de uno o varios agentes económicos, cuando Cofece demuestre que han incurrido en la práctica monopólica relativa consistente en la denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias al referido insumo esencial³.

En virtud de lo anterior, surgen las siguientes interrogantes: ¿en qué casos seguirá Cofece el procedimiento especial para regular el acceso a determinado insumo esencial?, y ¿cuándo regulará su acceso, mediante el procedimiento general?

Si bien el último párrafo del antes referido artículo establece que *"Para efectos de investigar y en su caso sancionar las prácticas a que se refieren las fracciones XII y XIII de este artículo, la Comisión podrá determinar la existencia de insumos esenciales sin acudir al procedimiento previsto en el artículo 94 de esta Ley"*, también es cierto que el artículo 127 de la Ley, no prevé como sanción la consistente en ordenar medidas para regular el acceso al insumo esencial bajo el control de uno o varios agentes económicos para el estrechamiento de márgenes previsto por el artículo 56, fracción XIII de la Ley, sino sólo para el caso de la práctica monopólica consistente en la denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias al referido insumo esencial, prevista por la fracción XII de la Ley.

Con el propósito de tratar de responder las preguntas planteadas dentro de la introducción, a continuación se presenta un cuadro comparativo de los elementos que se estima tendrá que acreditar el pleno de Cofece para poder sancionar las prácticas monopólicas relativas que involucran a un insumo esencial o bien, verificar, ponderar y razonar, para poder regular el acceso al mismo:

II. ANÁLISIS DEL PROBLEMA ESTUDIADO Y CONCLUSIONES.

Las facultades de Cofece encaminadas a determinar la existencia y regular el acceso a insumos esenciales, se encuentran previstas dentro del párrafo décimo cuarto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los artículos 12, Fr. II; 54; 55; 56, fracciones XII y XIII; 58; 59; 60; 94 y 127, fracción VI de la Ley.

Conforme a los referidos artículos, Cofece puede determinar la existencia de regular el acceso a insumos esenciales, ya sea como resultado del procedimiento especial previsto por el artículo 94 de la Ley o bien, mediante la resolución que ponga fin a un procedimiento general seguido para sancionar la práctica monopólica relativa consistente en la denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias al referido insumo esencial.

Sin embargo, resultará cuestionable que Cofece ordene medidas tendientes a regular el acceso a un insumo esencial, cuando haya resuelto dentro de un procedimiento general que la práctica monopólica relativa que se cometió, es la de *"reducir el margen existente entre el precio de acceso a un insumo esencial provisto por uno o varios agentes económicos y el precio del bien o servicio ofrecido al consumidor final por esos mismos agentes económicos, utilizando para su producción el mismo insumo"*, práctica prevista por el artículo 56, fracción XIII de la Ley.

1 Actualmente contenidos en el artículo 60 de la nueva Ley Federal de Competencia Económica (en adelante Ley).

2 Ver artículos 54; 56; fracciones XII y XIII; 59; 60 y 94, fracción II de la Ley.

3 Ver artículo 127, fracción VI de la Ley.

En Procedimiento General:	En Procedimiento Especial:
<i>Fundamentos: artículos 12, Fr. II; 54; 55; 56, fracción XII; 58; 59; 60 y 127, fracciones I, V y VI, así como 130 de la Ley:</i>	<i>Fundamentos: artículos 12, Fr. II; 58; 59; 60; 94 y 104, fracción I de la Ley, así como a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad, necesidad e idoneidad contenidos en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro “RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS”:</i>
1. Que existe un insumo esencial controlado por uno, o varios agentes económicos con poder sustancial conjunto ⁵ en el <i>mercado relevante</i> ⁶ en que se realiza la <i>práctica monopólica relativa</i> de que se trate.	Que existe un insumo esencial controlado por uno, o varios agentes económicos con poder sustancial conjunto ⁷ en el <i>mercado relevante</i> ⁸ en el que se utiliza el referido insumo.
2. Que <i>no es viable la reproducción</i> del insumo esencial por otro Agente Económico, desde un <i>punto de vista técnico, legal o económico</i> .	Mismo requisito.
3. Que el insumo esencial resulta <i>indispensable</i> para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y <i>no tiene sustitutos cercanos</i> .	Mismo requisito.
4. Las <i>circunstancias</i> específicas bajo las cuales el <i>agente económico llegó a controlar el insumo esencial</i> , así como <i>determinar</i> las modalidades de acceso, precios o tarifas, condiciones técnicas y de calidad, así como el calendario de aplicación, mediante <i>medidas regulatorias</i> que sean <i>acordes con la ponderación</i> de dichas circunstancias. Por ejemplo, que la explotación exclusiva deriva de la titularidad de una patente vigente.	Mismo requisito.
EXCLUSIVO:	<i>No es necesario acreditarlo.</i>
5. Que el agente o conjunto de agentes económicos con poder sustancial conjunto que controlan el insumo esencial <i>han negado o restringido el acceso al mismo o bien, sólo lo permiten en términos y condiciones discriminatorias</i> .	

En Procedimiento General:	En Procedimiento Especial:
6. Que la <i>práctica</i> monopólica relativa <i>tenga o pueda tener como objeto o efecto</i> , en el mercado relevante <i>o en algún mercado relacionado</i> , <i>desplazar indebidamente a otros agentes económicos</i> , <i>impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas</i> en favor de uno o varios agentes económicos.	En <i>equivalencia</i> a dicho requisito, se encuentra el siguiente: Que dicho control <i>puede generar efectos anticompetitivos en el mercado relevante en el que se utiliza el insumo esencial o bien, ya ha provocado la inexistencia de condiciones de competencia efectiva dentro del mismo.</i>
7. Que el agente o conjunto de agentes económicos con poder sustancial conjunto que controlan el insumo esencial, <i>no probaron dentro del procedimiento general, que la práctica</i> monopólica relativa <i>genera ganancias en eficiencia</i> e incide favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia, <i>superando sus posibles efectos anticompetitivos, y resulta en una mejora del bienestar del consumidor.</i>	Que el agente o agentes económicos que controlan el insumo esencial de que se trate, <i>no hayan demostrado dentro del procedimiento especial, que dicho control genera ganancias en eficiencia</i> e incide favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia, superando sus posibles efectos anticompetitivos, y resulta en una mejora del bienestar del consumidor ⁹ .
8. <i>Ponderar la gravedad de la infracción en términos del artículo 130 de la Ley¹⁰, e imponer una sanción que sea proporcional con ésta.</i>	En <i>equivalencia</i> a dicho requisito, se encuentra el siguiente: Que las medidas regulatorias que dicte, restringiendo los derechos humanos del agente o agentes económicos que controlen el insumo esencial de que se trate, <i>sean razonables, proporcionales, necesarias e idóneas, en términos de la jurisprudencia de rubro "RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS"</i> .
9. <i>No es necesario acreditarlo.</i>	EXCLUSIVO: Que los lineamientos que dicte para regular las modalidades de acceso al insumo esencial de que se trate, sus precios o tarifas, sus condiciones técnicas y de calidad, así como el calendario de aplicación de dichos <i>lineamientos, sean idóneos y económicamente viables para eliminar los problemas de competencia</i> que Cofece haya determinado <i>dentro de dicho mercado, así como que esas medidas específicas generarán incrementos en eficiencia en los mercados.</i>

De la lectura de los 9 *elementos* que el Pleno de Cofece tiene que verificar, ponderar y razonar dentro de un *procedimiento especial* para llegar a emitir medidas que regulen el acceso a determinado insumo esencial, *contrastados con aquellos que tiene que acreditar y ponderar dentro de un procedimiento general*, para poder sancionar la práctica monopólica relativa prevista por el artículo 56, fracción XII, ordenando medidas para regular el acceso al insumo esencial utilizado para su comisión, se desprende claramente que: 5 de ellos son *idénticos*; 2 *equivalentes*; 1 *exclusivo del procedimiento especial*, y 1 *exclusivo del procedimiento general*.

4. "[I]: 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1; Pág. 533".

5. El poder sustancial individual o conjunto dentro de un mismo mercado relevante deberá ser *determinado* por Cofece, conforme a los elementos contenidos en el artículo 59 de la Ley.

6. El mercado relevante deberá ser *determinado* por la Cofece, conforme a los criterios previstos por el artículo 58 de la Ley.

7. El poder sustancial individual o conjunto dentro de un mismo mercado relevante deberá ser *determinado* por Cofece, conforme a los elementos contenidos en el artículo 59 de la Ley.

8. El mercado relevante deberá ser *determinado* por la Cofece, conforme a los criterios previstos por el artículo 58 de la Ley.

9. Entre las ganancias en eficiencia que podrán demostrar los referidos agentes económicos se encuentran las que sean resultado de la innovación en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios.

10. Artículo 130. En la imposición de multas se deberán considerar los elementos para determinar la gravedad de la infracción, tales como el daño causado; los indicios de intencionalidad; la participación del infractor en los mercados; el tamaño del mercado afectado; la duración de la práctica o concentración; así como su capacidad económica; y en su caso, la afectación al ejercicio de las atribuciones de la Comisión.

En virtud de lo anterior se concluye que El Pleno de Cofece utilizará:

1.- El procedimiento especial para regular el acceso a determinado insumo esencial: (i) *de manera preventiva*, cuando el control que sobre el mismo ejerzan uno o más agentes económicos conjuntamente, pueda generar efectos anticompetitivos en el mercado relevante en el que se utiliza el insumo esencial, y (ii) *de manera reactiva*, cuando el referido control ya ha provocado la inexistencia de condiciones de competencia efectiva dentro del mercado relevante en el que se utilice el insumo esencial, pero sin que los referidos agentes económicos hayan aún cometido la práctica monopólica consistente en la denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias al referido insumo esencial, y

2.- El procedimiento general para sancionar la práctica monopólica relativa prevista por el artículo 56, fracción XII, ordenando medidas para regular el acceso al insumo esencial utilizado para su comisión, únicamente de manera reactiva. Es decir, sólo cuando Cofece (desde el inicio de la investigación) cuente con indicios suficientes de que el agente o agentes económicos que controlan el insumo esencial de que se trate, ya hayan negado o restringido de cualquier manera, el acceso al mismo.

Los casos de conductas monopólicas tratados bajo la Ley Sherman de los Estados Unidos, relacionados por diversos autores con la doctrina de recursos esenciales (*essential facilities doctrine*)¹ datan de 1912. A pesar del tiempo transcurrido y de los refinamientos desarrollados en los tribunales de ese país, la doctrina es aún objeto de una amplia controversia; al menos en cuanto a su aplicación bajo la legislación antimonopolios estadounidense. En México, el enfoque de recursos esenciales fue considerado por la antigua autoridad de competencia y algunos reguladores sectoriales. Pero el término insumo esencial fue incorporado en ley hasta la reciente reforma constitucional en competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión.

En la práctica internacional, **para determinar conductas anticompetitivas bajo el enfoque de recursos esenciales** se consideran generalmente los siguientes criterios²: (1) control del recurso esencial por un monopolio; (2) imposibilidad o inviabilidad para reproducirlo por competidores; (3) negativa del monopolista al uso del recurso en cuestión por competidores, y (4) la posibilidad de que el monopolista provea el recurso en comento a competidores.

En la actual Ley Federal de Competencia Económica (LFCE o Ley) se establecen los siguientes criterios para **determinar la existencia de un insumo esencial**³: (I) “Si el insumo es controlado por uno, o varios Agentes Económicos con poder sustancial o que hayan sido determinados como preponderantes por el Instituto Federal de Telecomunicaciones”... (II) “Si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro Agente Económico”... (III) “Si el insumo resulta indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos”... (IV) “Las circunstancias bajo las cuales el Agente Económico llegó a controlar el insumo”... y (V) “Los demás criterios que, en su caso, se establezcan en las Disposiciones Regulatorias”.

A reserva de los cuestionamientos sobre la pertinencia del enfoque de recursos esenciales, cabe observar que en diversas instancias internacionales, la sola actualización de los criterios (1) a (4) puede ser suficiente para determinar una infracción a la legislación de competencia⁴; al menos en los Estados Unidos. En cambio, la actual LFCE no considera que la sola existencia de un insumo esencial, determinada mediante los criterios (I) a (V) sea suficiente para

determinar una práctica monopólica, pero si suficiente para imponer una regulación específica consistente en modalidades de acceso, precios o tarifas, condiciones técnicas y/o calidad; siempre y cuando las ganancias en eficiencias asociadas al insumo esencial no sean superiores a sus posibles efectos anticompetitivos.

De acuerdo con la actual LFCE, la existencia de un insumo esencial implica la realización de una práctica monopólica relativa **ilícita**, solamente cuando quien(es) lo controla(n): (i) incurre(n) en conductas de denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias a dicho insumo o causan el estrechamiento de márgenes de otros agentes económicos; (ii) tienen poder sustancial en el mercado relevante; (iii) tiene(n) o puede(n) tener como objeto o efecto, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos del mercado relevante o de algún mercado relacionado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos, y (iv) genera(n) con tales conductas efectos anticompetitivos superiores a las ganancias en eficiencia y bienestar de consumidores.

Como dice el ranchero: llueve sobre mojado. La sola existencia de un recurso esencial, determinada en términos de los criterios establecidos en las fracciones I a III del artículo 60 de la actual LFCE, supone necesariamente la existencia de poder sustancial y un alto riesgo de denegación de trato, desplazamiento indebido, impedimento al acceso a otros agentes económicos y estrechamiento de márgenes de competidores. Asimismo, la regulación prevista en la fracción VII, inciso c) del artículo 94 de la Ley, solo es aplicable cuando los efectos anticompetitivos son mayores a las ganancias en eficiencia y bienestar. De esta suerte, la diferencia entre la determinación de la práctica monopólica relativa **ilícita** frente a la regulación preventiva o correctiva, se reduce prácticamente al elemento de intencionalidad o realización de una conducta punible y a la aplicación de la sanción correspondiente. Pero ¿tiene caso esta redundante complicación cuando existe o puede establecerse una regulación *ad hoc*?

La política y legislación de libre competencia y competencia **no están diseñadas para intervenir en las decisiones empresariales de qué producir (ofrecer), cómo producir y para quién**⁵, sino para fortalecer las libertades de los agentes económicos en este sentido. De esta forma, sus herramientas se orientan fundamentalmente a la protección de la competencia **en las transacciones** que se realizan en **mercados**

⁵ El empresario decide libremente el mercado donde desea participar y competir con su producción. Es en el contexto de esta libertad de oferta (de bienes o servicios disponibles, normalmente ofertados a terceros) y sin perjuicio de la misma, que existe la prohibición a la negación de trato.

¹ El concepto de recursos esenciales fue acuñado por el británico A.D. Neale en 1970 en “The Antitrust law of the United States: A Study of Competition Enforced by Law” y fue usado por primera vez en una tribunal de distrito de los EUA en 1978

² La práctica internacional generalmente ha seguido los desarrollos en este sentido en los EUA. Los cuatro criterios citados fueron precisados inicialmente en MCI Commc’ns Corp. vs. Am. Tel. and Tel. Co. (7th Cir. EUA), 1983.

³ Véase artículo 60 de la LFCE.

⁴ También se han considerado otros aspectos como la intencionalidad.

que surgen libremente y, excepcionalmente, a la desincorporación de activos de empresas monopólicas⁶ cuando esto, además de ser eficiente, favorece la libre competencia en cada uno de los mercados relevantes en cuestión.

La prohibición de las prácticas monopólicas absolutas y de las relativas señaladas en las fracciones I a XI del artículo 56, se refiere a conductas ilícitas⁷ que pueden manifestarse en las **transacciones** entre agentes económicos. Al respecto es importante destacar que tal prohibición aplica a las **transacciones** en toda clase de bienes y servicios, incluidos los insumos “...que resultan indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos”, y que en el caso de la **negación de trato** especificada en la fracción V del precepto antes citado, aplica solo a las transacciones en bienes o servicios **disponibles y normalmente ofrecidos a terceros**, incluidos los insumos mencionados en el inciso anterior. Nótese que para efectos de la Ley es irrelevante si estos insumos están disponibles y son normalmente ofrecidos en virtud del funcionamiento espontáneo del mercado o de una disposición regulatoria.

En suma, una vez que la autoridad ha determinado el insumo esencial, bastaría aplicar las fracciones V, X y XI del artículo 56 de la Ley, para lograr una protección a la libre competencia y competencia similar a la procurada mediante las fracciones XII y XIII del mismo artículo, expresamente referidas a conductas relacionadas con transacciones en insumos esenciales. Cabe advertir sin embargo, que esta alternativa no es la más eficiente, como tampoco lo es la de aplicar las últimas dos fracciones citadas. Estos aspectos se abordan más adelante.

Los mercados integrados por monopolios sustentados en infraestructuras asociadas a economías de escala y/o de red; como los correspondientes a telecomunicaciones, energía, ferrocarriles, puertos, aeropuertos y carreteras, entre otros, presentan restricciones a la libre competencia que no pueden ser resueltas con la sola aplicación de medidas de **protección a la competencia sobre las transacciones** o de una **desincorporación de activos ajena a la naturaleza de los sectores citados**. En estos casos se requiere de políticas y legislación **regulatorias** (necesariamente invasivas) que inciden e incluso pueden reemplazar las **decisiones empresariales de qué producir y ofertar** (insumos y/o bienes finales), **cómo producir y para quién**. La arquitectura de mercados procura resolver tales

restricciones mediante una segmentación vertical y/u horizontal del
⁶ Determinadas en términos de su poder sustancial en el mercado relevante, realización reiterativa de conductas monopólicas y de las barreras a la libre competencia y competencia que supone su estructura y organización.

⁷ En el caso de las prácticas monopólicas relativas deben actualizarse los supuestos de los artículos 54 y 55 de la LFCE.

monopolio natural, que suponga las menores pérdidas en eficiencia y las mejores condiciones posibles para el desarrollo de la industria, la inversión y la libre competencia y competencia. Esta reestructuración artificial, característica de la regulación, se efectúa con medidas que van desde la separación funcional y contable hasta la desagregación del monopolio en distintas empresas. El enfoque de recursos o insumos esenciales, constituye un importante elemento del diseño arquitectónico regulatorio.

El enfoque de recursos esenciales desarrollado en la aplicación de la legislación de competencia estadounidense, constituye una importante aportación a la política y legislación regulatoria. En esencia, el diseño regulatorio, plasmado en la legislación sectorial se sustenta implícitamente en los criterios del enfoque citado para derivar reglas de aplicación general: obligaciones *per se* de acceso a (oferta de) insumos⁸; prohibición **absoluta** de tratos discriminatorios y prevención al estrechamiento de márgenes; segmentación de actividades, definición y apertura de nuevos mercados, restricciones a la participación de los agente económicos en más de uno de ellos, etc. Aquí cabe destacar diferencias sustanciales de la legislación regulatoria frente a la de competencia, que la hacen más eficiente y efectiva en situaciones de monopolio natural: (i) las regulatorias *ex ante*, son o deben resultar de un análisis técnico y de competencia previo, no *a posteriori*, del monopolio natural en cuestión; (ii) la **obligación absoluta de acceso (oferta)** es notoriamente más efectiva que el procedimiento para determinar, caso por caso, la existencia de la práctica monopólica relativa de negación de trato; (iii) lo mismo se puede afirmar de la prohibición *per se* al trato discriminatorio y estrechamiento de márgenes generalmente previsto en la legislación regulatoria y respecto a las medidas *ex ante* de segmentación vertical establecidas en la regulación, frente a la prohibición de concentraciones verticales monopólicas o la desincorporación de monopolios integrados verticalmente.

Por lo demás, tanto el diseño regulatorio procompetitivo como el análisis de insumos esenciales y la aplicación de las medidas regulatorias correspondientes, precisan de conocimientos técnicos y económicos especializados, del estudio cercano de los mercados regulados y de una supervisión sistemática del cumplimiento de las medidas regulatorias, incluidas las de acceso a insumos. En cambio, la orientación y fortaleza de las autoridades de competencia económica no se encuentran en la promoción del proceso de libre competencia y competencia

⁸ Las reglas regulatorias de aplicación sectorial (es decir a todos los participantes) no requieren necesariamente de la consideración rigurosa de los criterios de insumos esenciales, cuando en la industria existen insumos que en lugar de duplicar resulta eficiente compartir.

en insumos que no son normalmente ofrecidos en los mercados por algún o ningún agente económico. No es por tanto eficiente ni necesario que la LFCE y la autoridades que la aplican se ocupen de las prácticas monopólicas relativas definidas en las fracciones XII y XIII del artículo 56 de la LFCE y mucho menos de su corrección.

Empero, la intervención en el funcionamiento de las empresas y en la formación de mercados, así como en los precios, términos y condiciones de acceso a insumos esenciales, que implica la regulación económica, puede causar graves distorsiones, ineficiencias y freno a la inversión cuando el diseño regulatorio adolece de miopía económica y es vulnerable a conductas oportunistas. El análisis de los criterios (I), (IV) e incluso (V), relativos a recursos esenciales merecen reflexiones detalladas que rebasan el alcance de este breve artículo.

La Regulación en tema de Competencia Económica se ha ido expandiendo a sectores en los cuales no se tenía ni siquiera contemplado que algún momento iba a tener impacto, y ejemplo de ello es el Sistema Financiero.

Si bien, se ha hablado acerca de una revisión del sistema financiero bajo la óptica de Competencia Económica, finalmente en el mes de enero pasado, y con motivo de la publicación de la Reforma Financiera, la Comisión Federal de Competencia Económica dio inicio a una investigación sobre la industria financiera.

En este caso, el Congreso de la Unión instruyó a la Comisión Federal de Competencia Económica, a realizar una investigación en el sector financiero Mexicano dentro de un plazo de 180 días.

Desde hace años se vienen escuchando argumentos acerca de posibles prácticas inadecuadas en el Sistema Financiero, las cuales se buscan combatir a partir de la Reforma Financiera.

Conforme a lo anterior, a principios del mes de julio y cumpliendo el plazo establecido de 180 días, la Comisión Federal de Competencia Económica dio a conocer el Proyecto de Trabajo de Investigación sobre las Condiciones de Competencia del Sistema Financiero y sus Mercados, así como las recomendaciones a las autoridades financieras para mejorar la competencia en ese sistema y sus mercados; Proyecto que fue debidamente aprobado por la misma Comisión.

Entre las recomendaciones emitidas y propiamente aprobadas, vale la pena comentar las siguientes, tal y como fueron publicadas:

1. Redes

Garantizar el acceso a la infraestructura de cajeros automáticos en condiciones no discriminatorias, con cargos de acceso entre bancos que estén basados en costos y promoviendo esquemas tarifarios que reduzcan el diferencial de cobros entre cajeros de diferentes bancos.

Para disminuir el riesgo de discriminación en el acceso a pagos móviles, establecer la obligación a los operadores de telecomunicaciones de proveer el servicio de comunicación a cualquier intermediario financiero que lo solicite; de la misma manera en que las instituciones que ofrecen pagos móviles estarán obligadas a que los mismos se presten en la plataforma de cualquier operador de telecomunicaciones. Para lograr una mayor inclusión financiera de los negocios se recomienda un rebalanceo de las cuotas de intercambio para tarjetas de crédito y débito, con el objetivo de optimizar el uso de este medio de pago y ampliar su cobertura. Una reducción en el promedio de la cuota de intercambio incrementaría el bienestar de los consumidores.

2. Información asimétrica

La información es un insumo fundamental para que los distintos intermediarios financieros puedan ofrecer productos atractivos a sus clientes potenciales. A diferencia de los más pequeños y de reciente ingreso al mercado, los grandes grupos financieros cuentan con

importantes bases de datos sobre el comportamiento de sus clientes, que les permite identificar oportunidades para el otorgamiento de servicios financieros. Para romper con la segmentación del mercado y que los nuevos participantes puedan expandir su oferta, y no sólo tengan la posibilidad de competir en nichos, hay que asegurar que esta información sea accesible a todos. Destaca, que el control del Buró de Crédito está en manos de los principales bancos, los que poseen el 70% de sus acciones y otorgan el 85% de los créditos en los segmentos de vivienda, consumo y empresarial.

En materia de seguros, la base de datos del historial de riesgo de los clientes que tiene la Asociación Mexicana de Instituciones de Seguros se usa de forma muy limitada, por lo que ésta no repercute sobre el precio de las pólizas y el desarrollo de nuevos productos.

Para atender estos aspectos, la Comisión recomendó: o Ajustar el marco normativo y operativo para que los bancos tengan la obligación legal de proporcionar su información crediticia a todas las Sociedades de Información Crediticia autorizadas, en igualdad de condiciones y con estándares de calidad aceptables.

Revisar la política de descuentos por volumen en los servicios de consulta que las Sociedades de Información Crediticia ofrecen a los usuarios del sistema financiero para no permitir la discriminación explícita de agentes económicos en igualdad de condiciones.

Crear un buró de riesgos, independiente en propiedad y operación de las aseguradoras, al que éstas tengan la obligación de proveer información para crear una base de datos que sirva para hacer cálculos actuariales más acertados.

3. Acercamiento de información relevante para la toma de decisiones

Los propios consumidores deben saber si el servicio o producto contratado es el ideal para su perfil de riesgo/rendimiento. Es complejo hacer este análisis, se necesitan mecanismos y herramientas tecnológicas que acerquen esta información a los usuarios. Frente a esta situación, hoy estos podrían no estar tomando las mejores decisiones en servicios como: créditos a la nómina e hipotecarios, seguros para el retiro, inversiones, entre otros.

En particular, es posible que existan sobrepagos en los seguros ligados a créditos; los fondos de inversión instrumentan políticas de diferenciación de precios en comisiones y cuotas por tipo de canal de distribución entre propios y externos, con posibles riesgos anticompetitivos. También se observó limitada movilidad de los acreditados para cambiar de proveedores de crédito de consumo y vivienda.

Para lo anterior la Comisión recomendó:

o Ampliar los servicios de Condusef para que los comparativos de comisiones, tasas, precios y rendimientos de los servicios que ofrecen las instituciones se expresen en pesos y en porcentajes, así como reportar los resultados de la Ganancia Anual Total (GAT) para ahorro e inversiones para todas las instituciones que no son parte de la banca múltiple.

o Obligar a los intermediarios financieros a establecer los requisitos mínimos de los seguros que requieren como garantía para el otorgamiento de créditos.

o Garantizar neutralidad y trato no discriminatorio en la promoción y cobro de los servicios de operación y distribución entre fondos de inversión propios y de terceros.

o Desarrollar y regular plataformas electrónicas para créditos al consumo y a la vivienda en las que los consumidores manifiesten sus necesidades de financiamiento y den autorización para que sus historiales crediticios puedan ser consultados en las Sociedades de Información Crediticia y los intermediarios financieros envíen sus ofertas de financiamiento.

4. Movilidad

A través de la regulación y de la banca de desarrollo, el gobierno puede incentivar la movilidad de los usuarios y acercarlos a las diversas ofertas en materia de créditos de nómina, hipotecarios, al consumo y del Sistema de Ahorro para el Retiro.

Algunas recomendaciones para estos casos son: o Emitir la regulación secundaria, contemplada en la Reforma Financiera, que permita hacer efectiva la portabilidad de nómina.

o Promover una reforma uniforme en la legislación civil de las entidades federativas para llevar a cabo, de manera homogénea y a un bajo costo, cualquier trámite relacionado con hipotecas, como los registros públicos de la propiedad y sus modificaciones.

o Especializar a Infonavit y Fovissste en aquellas actividades en las que tienen ventajas competitivas, es decir, la originación y cobranza de crédito, mediante subastas abiertas de su cartera a intermediarios financieros o mediante la voluntad del trabajador de transferir su subcuenta de vivienda al intermediario de su preferencia.

o Cuando se identifique la posibilidad de contribuir a fortalecer la competencia o a incentivar la participación de intermediarios financieros, la banca de desarrollo y otros programas de desarrollo deben participar. Por ejemplo, el acceso pleno e irrestricto de Cetesdirecto a la red de la banca comercial, no solo sería un referente confiable sobre los rendimientos que ofrecen otros bancos, además permitiría la recepción de depósitos y transferencias desde cualquier

cuenta bancaria.

o Implementar medidas que propicien mejorar los rendimientos del ahorro para el retiro de los trabajadores para que tengan mejores pensiones. Un ejemplo sería topar el gasto de promoción ya que el 49% del mismo, las Afores lo destinan a esta actividad –su principal mecanismo para captar clientes– y solo el 4% va a inversión. Así, en 2013 la mitad de los trabajadores que cambiaron de administradora lo hicieron a una que les dio menores rendimientos. También se debe establecer que la comisión sobre saldo se separe en dos componentes: administración de la cuenta y administración de los fondos.

Ahora, ya teniendo el resultado de la investigación, así como sus recomendaciones, habrá que seguir muy de cerca los cambios legislativos, regulatorios y la adecuación a las nuevas prácticas que deberán observarse en el Sistema Financiero.

El pasado 11 de marzo de 2014, la Comisión Federal de Competencia Económica ("COFECE") publicó en el Diario Oficial de la Federación el extracto relativo al inicio de la investigación por la posible comisión de prácticas monopólicas absolutas respecto al otorgamiento de licencias para la explotación de derechos de autor y derechos conexos a que se refiere la Ley Federal del Derecho de Autor ("LFDA").

La investigación de la COFECE se centrará en la posible existencia de contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, con el objetivo de fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra al que son ofrecidas o demandadas las licencias para la comunicación o utilización pública de derechos de autor y derechos conexos, prácticas que de conformidad con la fracción I del artículo 9 de Ley Federal de Competencia Económica abrogada el pasado 6 de julio de 2014, constituyen prácticas monopólicas absolutas.

De acuerdo con dicho extracto, el mercado a investigar lo constituye el otorgamiento de licencias para la comunicación o utilización pública de obras musicales, sus interpretaciones o ejecuciones, de fonogramas o de videogramas en el territorio nacional.

Conforme a la legislación aplicable, los titulares de derechos de autor y derechos conexos tienen el derecho de recibir una remuneración por la comunicación y/o utilización pública de dichos derechos. Siendo que dicha remuneración podría corresponder a diversos titulares de derechos. En el caso de la ejecución pública de una obra musical grabada la remuneración podría ser solicitada por el autor de la letra, el compositor, los ejecutantes (músicos) el intérprete y el productor del fonograma.

Ahora bien, la comercialización de los derechos de autor y derechos conexos antes mencionados se puede llevar a cabo en forma individual por el titular del derecho, o bien el titular cuenta con la posibilidad de afiliarse a las llamadas Sociedades de Gestión Colectiva reguladas por la LFDA, las cuales se definen como aquellas personas morales, sin ánimo de lucro, que tiene por objeto (i) proteger a autores y titulares de derechos conexos tanto nacionales y extranjeros, constituyen y (ii) recaudar y entregar a los mismos las cantidades que por concepto de derechos de autor o derechos conexos se generen a su favor.

Dentro de las obligaciones que la LFDA impone a las Sociedades de Gestión Colectiva se encuentra la de negociar el monto de las regalías que corresponda pagar a los usuarios del repertorio de obras que cada una de ellas administra. Para el caso de en que el público y las Sociedades de Gestión Colectiva no lleguen a un acuerdo por cuanto el monto, existe la posibilidad de al INDA la adopción de una tarifa específica.

En la práctica, las Sociedades de Gestión Colectiva agrupan a sus miembros en función de la categoría de los mismos. Actualmente el Instituto Nacional del Derecho de Autor ("INDA") ha autorizado la constitución y operación de diversas Sociedades de Gestión Colectiva que agrupan, entre otros, a los siguientes miembros:

- Productores de Fonogramas, Videogramas y Multimedia.
- Interpretes.
- Autores y compositores.
- Ejecutantes.

Dada la naturaleza de las Sociedades de Gestión Colectiva sus miembros son competidores entre sí. Para ejemplificar lo anterior, basta tomar en consideración que la Sociedad Mexicana de Productores y Fonogramas, Videogramas y Multimedia (SOMEXFON) congrega a la generalidad de las compañías disqueras¹ que son competidoras en nuestro país.

Al día de hoy, las Sociedades de Gestión Colectiva determinan, en forma unilateral, los montos de las regalías, es decir, los miembros (competidores) de cada una de dichas sociedades acuerdan y determinan el monto de las regalías que buscan cobrar por la comunicación y/o utilización pública de obras, por parte de terceros.

La práctica general de las Sociedades de Gestión Colectiva es la de únicamente ofrecer licencias generales (*Blanket License*), bajo las cuales los usuarios pueden utilizar cualquier parte del repertorio musical administrado por las sociedades sin que exista limitante por cuanto la número de veces que comunican y/o utilizan públicamente las obras que forman parte de un repertorio, durante un plazo específico. Lo anterior podría significar que una persona que utiliza en menor medida una obra, tendría que pagar lo mismo que cualquier persona que la utiliza en mayor medida.

Existen antecedentes en el extranjero en el que las autoridades de competencia económica han iniciado acciones en contra de las prácticas llevadas a cabo por sociedades de gestión colectiva por cuanto a la recaudación de las regalías por la explotación y/o comunicación pública de obras, siendo los casos más relevantes aquellos que tuvieron lugar en los Estados Unidos de América, Comunidad Europea y España, mismas que resultaron en la implementación de reglas y acuerdos que deberán regir en los países para lograr una mayor eficiencia en la gestión y explotación de tales derechos.

Es por lo anterior, que constituye un gran avance el que la COFECE haya iniciado la investigación antes mencionada respecto de la posible existencia de acuerdos entre los agentes económicos que participan en el mismo mercado de otorgamiento de licencias de comunicación o utilización pública de obras musicales, sus interpretaciones o ejecuciones, de obras fonogramas y videogramas.

Habrà que estar muy pendientes de los resultados que arroje la investigación de la COFECE dada la importancia que con el paso de los años ha adquirido la comunicación y/o utilización pública de obras en la vida cotidiana en nuestro país.

¹ Balboa Records, Compañía Fonográfica Internacional, Discos Musart, EMI Music México, Univisión Music, Universal Music Mexico, SONY Music Y Warner Music México, entre otros. Información obtenida de sitio www.somexfon.com

Por Luis Alberto Aziz Checa e Itziar Esparza Mejía*

*AZIZ & KAYE Abogados
*SAI Derecho & Economía

El 7 de julio del 2014 entrará una nueva Ley Federal de Competencia Económica¹ ("NLFCE") que introduce cambios relevantes en las tres áreas tradicionales de la ley que son las concentraciones, prácticas monopólicas absolutas y relativas, y crea un nuevo instrumento de control en esta práctica: las investigaciones de mercado.

En el campo de las prácticas monopólicas relativas, la NLFCE introduce dos nuevas prácticas, ambas relacionadas con insumos esenciales:²

- Negar de forma discriminatoria el acceso a un insumo esencial; y
- Estrechar márgenes entre el precio al que un insumo es ofertado a agentes económicos que les resulta esencial, y el precio final al que el titular del insumo ofrece sus productos o servicios al consumidor final.

El concepto de lo que debe ser considerado como un insumo esencial es ambiguo por la falta de claridad en la ley sobre dicho concepto y los impactos económicos del mismo. Aunado a lo anterior, la introducción de dichas prácticas en la NLFCE presenta varias problemáticas.

En primera instancia, la NLFCE introduce el concepto de insumo esencial por primera vez en el contexto de las nuevas investigaciones de mercado para determinar la existencia de barreras a la competencia e insumos esenciales.³

El hecho mismo de que existan estas investigaciones de mercado es en sí una grave preocupación para los agentes económicos, pues las mismas por definición se harán en mercados donde no existen ni concentraciones prohibidas, ni prácticas monopólicas, de lo contrario la Comisión Federal de Competencia Económica ("CFCE") aplicaría alguno de esos tres instrumentos de control con los que ya contaba para resolver los problemas en dichos mercados. Es decir las investigaciones se hacen en mercados que no presentan problemas de competencia sancionables bajo el régimen actual.

Pero más grave aún, en el caso de análisis de las dos nuevas prácticas monopólicas relativas, la NLFCE establece que la autoridad podrá no seguir el procedimiento de investigaciones de mercado para determinar la existencia de un insumo esencial.⁴ De esta forma, la NLFCE encuentra dos caminos a través de los cuales podría determinar la existencia de un insumo esencial.

Esta situación genera incertidumbre hacia los regulados, ya que una empresa no sabrá cuando puede estar detentando un "insumo esencial" hasta que la CFCE lo determine durante una investigación por prácticas monopólicas relativas.

Incluso si en esas investigaciones la CFCE se basa en los criterios que la ley marca para la determinación de insumos esenciales, el problema no se elimina, ya que la NLFCE no es lo suficientemente específica respecto a qué debe considerarse como insumo esencial. Los únicos elementos que ésta señala a ser considerados para identificar un insumo de este tipo son: (i) si el insumo es controlado por uno, o varios agentes económicos preponderantes con poder sustancial; (ii) si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico; (iii) si el insumo resulta indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos; (iv) las circunstancias bajo las cuales el agente económico llegó a controlar el insumo; y (v) los demás criterios que establezcan en las Disposiciones Regulatorias emitidas por la CFCE.⁵

Dichos elementos no brindan certidumbre suficiente a los agentes económicos para prever cuándo se encuentran detentando un insumo esencial. Más aun, la fracción V contenida en el artículo 60 de la NLFCE brinda la oportunidad a la CFCE de incluir para este análisis criterios adicionales de los cuales los agentes económicos no tienen certidumbre.⁶

Adicionalmente, cabe destacar que puede llegar a ser un riesgo para los agentes económicos que se establezcan condiciones para permitir el acceso a un insumo esencial, toda vez que las condiciones podrían limitar de forma injustificada el derecho de propiedad de quien detenta o provee el insumo. En ese sentido, se agrava la situación a la que se enfrentan los agentes económicos aunado a la incertidumbre jurídica que enfrentan.

Todas estas situaciones dejan en incertidumbre jurídica a los agentes económicos, pues éstos no tendrán certeza de cuándo, en qué situaciones, o por qué motivos, la CFCE puede determinar que están en posesión de un insumo esencial.

Esta incertidumbre deberá ser eliminada con los criterios y Disposiciones Regulatorias que vaya emitiendo la CFCE, así como los precedentes que se vayan formando derivado de litigios.⁷

1 El 19 de febrero de 2014 el Ejecutivo Federal presentó a la Cámara de Diputados una iniciativa para la nueva Ley Federal de Competencia Económica. Tras varias modificaciones y discusiones en el Congreso, el texto final de la NLFCE se aprobó el 29 de abril de 2014 y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el pasado 23 de mayo de 2014. Tras su publicación, la NLFCE entrará en vigor el 7 de julio de 2014.

2 Artículo 56, fracciones XII y XIII de la NLFCE.

3 Artículo 94 de la NLFCE.

4 Último párrafo artículo 56 de la NLFCE.

5 Artículo 60 de la NLFCE.

6 Según se mencionó anteriormente, determinadas Disposiciones Regulatorias, entre las que se encuentra aquella en materia a insumos esenciales, habrán de publicarse en un plazo no mayor a seis meses a partir de la entrada en vigor de dicha ley. En ese sentido, los criterios adicionales sobre este tema habrán de emitirse pronto.

7 La Nueva LFCE señala que la CFCE habrá de publicar Disposiciones Regulatorias respecto a barreras a la competencia y a insumos esenciales. Incluso, determina que para la expedición de dichas disposiciones la CFCE deberá hacer una consulta pública.

Por: Mtro. Gabriel González Aragón*

*Presidente del Comité de Concentraciones de ICC México y Asociado de Competencia Económica de Basham, Ringe y Correa, S.C.

Actualmente, el tráfico marítimo es por mucho, el más importante medio de transporte de mercancías a nivel mundial. Por ello, dicha actividad comercial, se constituye como esencial para el desarrollo económico de las naciones y por ende, ha gozado del impulso y protección de los estados, a fin de asegurar el flujo comercial, la marina mercante y con ello, la derrama económica que esto les significa.

La industria mundial de servicios de transporte marítimo de mercancías, se ha desarrollado principalmente a través de dos modelos de negocios distintos:

1. Transporte Marítimo No Regular (charters), que se caracteriza por no tener itinerarios ni rutas pre establecidas, las cuales se negocian en función de las necesidades particulares del cliente y;

2. Transporte Marítimo de Línea Regular, es el tipo de servicio utilizado con mayor frecuencia en el tráfico internacional de mercancías y se caracteriza por tener horarios y rutas previamente establecidas, las cuales se informan a los clientes con antelación a la contratación de los servicios.

Históricamente, los prestadores de servicios de Transporte Marítimo de Línea Regular, han tendido a realizar fuertes inversiones en la compra de buques cada vez más grandes (y lógicamente con mayor capacidad de carga), dada la generación de economías de escala que esto significa. En consecuencia, las pequeñas y medianas navieras han tenido dificultades en realizar las inversiones necesarias para adaptarse a esta dinámica de la industria y poder ser competitivos con los agentes económicos líderes en dicho segmento.

Lo anterior ha derivado en la desaparición de navieras sin la capacidad de inversión suficiente y generado la concentración cada vez mayor del mercado, al registrarse un gran número de adquisiciones de empresas grandes a empresas medianas y pequeñas.

Aunado a lo anterior, y bajo el amparo de diversos ordenamientos tanto nacionales como internacionales (que argumentan la defensa de la actividad marina mercante por su importancia y relación con el comercio internacional), los prestadores de servicios de Transporte Marítimo de Línea Regular, se han asociado y cada vez con más frecuencia operan conjuntamente a través de vínculos consensuales sin personalidad jurídica denominados "Conferencias Marítimas".

La "Convención de la UNCTAD¹ sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas"², las define como: "Un grupo constituido por dos o más empresas porteadoras navieras que prestan servicios regulares de transporte internacional de carga en una ruta particular o unas rutas particulares dentro de determinados límites geográficos y que han concertado un acuerdo o arreglo, cualquiera que sea su naturaleza, dentro de cuyo marco actúan ateniéndose a unos fletes uniformes o comunes y a cualesquiera otras condiciones convenidas en lo que respecta a la prestación de servicios regulares determinados límites geográficos".

Resulta interesante destacar, que dentro de los objetivos de dicha Convención se menciona lo siguiente:

"c) El objetivo de **garantizar un equilibrio entre los intereses de los proveedores de los servicios de transporte marítimo y los intereses de los usuarios de dichos servicios.**"

En México, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, a través de su Dirección General de Marina Mercante, publica la "Guía de Servicios de Transporte Marítimo en México"³, cuyo principio es "apoyar a los usuarios y prestadores de servicios de transporte marítimo".

Dicha guía utiliza la misma definición para Conferencias Marítimas que la Convención de la UNCTAD, y en su página 129 añade lo siguiente: "Entre sus objetivos está el presentar **un frente común contra la competencia de las líneas independientes, así como la que se da entre sus miembros, por lo que establecen las bases comunes para el cálculo del flete y unifican los diversos tipos de embalaje acordes al tipo de productos, sin embargo, la principal característica es que las "líneas regulares" compiten en servicios, que ofrecen a sus diversos clientes.**"

En México, la Ley Federal de Competencia Económica ("LFCE"), prohíbe y considera como prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea fijar precios, restringir la oferta, segmentar mercados o acordar posturas en licitaciones.

¹ "United Nations Conference on Trade and Development".

² Aprobado por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, el 23 de diciembre de 1974, según el Diario Oficial de la Federación del 11 de marzo de 1976. Ratificado el 15 de marzo de 1976. México depositó el instrumento de adhesión el 6 de mayo de 1976, según el decreto de promulgación publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1976.

³ Siendo 2009 la última versión publicada en: http://www.sct.gob.mx/fileadmin/CGPMM/transporte/guia_new_2009.pdf

Es importante señalar, que dichas prácticas se consideran como las más dañinas a la libre competencia, son ilegales “per se” y por ende, no admiten argumentos de eficiencia que justifiquen su realización. Desde la óptica rígida de esta regla “per se”, las Conferencias Marítimas son contradictorias y violatorias de la LFCE.

No obstante, un interesante contraste debe hacerse a la luz del concepto de la “jerarquía de normas”. En México, existe consenso sobre considerar que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Constitución Federal y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades.

De lo anterior se deriva la interpretación que las Conferencias Marítimas, no obstante son claramente violatorias a la LFCE, por jerarquía normativa, al haber una Convención Internacional promulgada por el Presidente de México que permite la operación de Conferencias Marítimas bajo argumentos de protección al comercio internacional, se abre la siguiente interrogante: ¿Son las Conferencias Marítimas cárteles legales en México?

I. INTRODUCTION

On July 7, 2014 the new Mexican Economic Competition Law (“MECL”) came into force; this is a legislation that replaces the antitrust law enacted in 1992 as one of the commitments made by the Mexican Government to sign the North America Free Trade Agreement with the United States and Canada. The new MECL embodies significant changes with respect to the previous competition regime, including, among others: (i) the creation of a new competition authority (“COFECE”), fully independent from the central government; (ii) a significant expansion of the antitrust authorities’ powers to intervene “ex ante” in particular markets; and (iii) the enforcement of a tougher regime of sanctions for antitrust violations.

This article briefly discusses the virtues and risks associated with the two main economic concepts that have been introduced into the new MECL; namely, the notion of “barriers to competition and free entry” and the concept of essential inputs.

II. “BARRIERS TO COMPETITION AND FREE ENTRY”

The Mexican reform introduced into the MECL a new economic concept associated with the notion of barriers: the so-called “barriers to competition and free entry.” The definition of barriers to competition and free entry is better understood in two dimensions: one legal and one economic. Let’s discuss each of them in turn.

From a legal perspective, a barrier to competition and free entry is defined as any regulation or legal enactment that, having been issued by any municipal, state, or federal level of government, distorts unjustifiably the process of competition and free entry in a particular market. This conception, at least from its legal perspective, seems reasonable, since including the word “unjustifiably” explicitly recognizes that the implementation of some regulations and legal framings, even when they are able to distort the process of competition and free entry in a particular market, can be justified in terms of their impact on social welfare.

An example of this “justifiable” type of barrier are normatives that force specialized professions to pass highly demanding entry examinations and requirements in order to have the legal right to exercise that profession. Notwithstanding that this type of normative, in fact, restricts competition and free entry, its existence is considered to promote social welfare since it guarantees minimum levels of quality of service in highly specialized and socially relevant professions as medical or notary services.

From an economic point of view, a barrier to competition and free entry is defined as any “structural condition” of the market, fact, or market behavior having as a purpose, or having as an effect: (i) imposing restrictions on competitors to accessing the market or (ii) limiting their capacity to effectively compete in the market. According to the new law, a barrier to competition and free entry is also, literally, anything that limits or distorts the process of competition and free entry. Unfortunately, the economic dimension of this definition is at odds with standard economic antitrust thinking, for the following reasons.

First, the definition of barriers to competition and free entry embedded into the MECL provides, from an economic perspective, no real guidance about what a barrier of this type is. To say that anything that limits or distorts the process of competition and free entry is a barrier is of little practical use. Similarly, establishing that a barrier to competition and free entry is any structural condition of the market, fact, or market behavior that limits market access or the ability of competitors to compete is far too general to provide a functional conceptualization of the scope of this concept.

Second, when the definition of barriers to competition and free entry first appeared in the drafts of the new law, some economists argued that the definition should be linked with the notion of economic efficiency in order to provide a more precise and meaningful conceptualization.¹ The rationale of this proposal was that, in some cases, it is possible to identify barriers that, in principle, should not have been seen as anticompetitive by themselves.

A basic but important example of this type of barrier is the presence of “economies of scale.” Beyond the debate of whether economies of scale should be considered (or not) as a barrier from a dynamic point of view, it has been common to argue that economies of scale represent a barrier because they disincentive market entry. However, given the enormous efficiencies arising from the existence of these economies, it is absolutely clear that this type of “barrier” cannot be prohibited or punished by antitrust enforcement. Since the definition of barriers to competition and free entry contained in the new MECL has not been directly associated with the concept of economic efficiency, the new language leaves the general impression that all barriers, including ones such as economies of scale that are socially efficient, may be prosecuted.

Third, attempting to define “barriers to competition and free entry” also raises the question of whether this type of barrier should be understood as different from the more standard antitrust concept of “barriers to entry.” Two interpretations are possible. The first is that “barriers to entry” and “barriers to competition and free entry” are understood to be equivalent. In this case, the new MECL seems to be conceptually inconsistent, since the same economic concept would then be sometimes referred to as a “barrier to competition and free entry” and other times only as a “barrier to entry.” For example, the competitive analysis leading to the determination of market power uses the notion of “barrier to entry” (MECL, Article 59), whereas in other parts of the law the notion of “barrier to competition” prevails (MECL, Article 94).

The second interpretation is that “barriers to entry” and “barriers to competition and free entry” are indeed different concepts. A first observation is that the simultaneous, but different, use of these two concepts makes the Mexican competition regime unique in the international arena, since there is no competition regime in the world in which these two concepts are simultaneously used. From

* Ph. D. Economist (Oxford). Executive President at Oxford Competition Economics (Mexico). President of the Committee for Competition in Network Industries at the International Chamber of Commerce, ICC, Mexico. Professor of economics at El Colegio de México, Mexico City. The author can be contacted at: victor.pavon-villamayor@alumni-oxford.com, vpavon@oxford-economics.org & @pavonvillamayor.
¹ V. Pavón-Villamayor, Analytical Contributions to the Federal Economic Competition Law, Discussion Paper presented at the public hearings for the analysis of the Federal Economic Competition Law, Mexican Senate (April 2, 2014). Available at http://works.bepress.com/victor_pavon_villamayor.

this perspective, the Mexican competition regime departs from best international practices for the conceptualization and treatment of barriers for antitrust purposes.

And, as a second observation, if “barriers to competition and free entry” is a concept far more general than “barriers to entry,” it is highly probable that the concept of barriers to competition and free entry will be used by COFECE as a primary tool for “ex ante” market interventions—in other words, there is a risk that COFECE will be regularly intervening in markets in order to break down obstacles that may represent a barrier to competition and free entry.

On the positive side, however, it is worth noting that the enforcement of measures to eliminate barriers to competition and free entry will always be subject to pass an “efficiency test.” Indeed, according to Article 94 of the new law, COFECE is obligated to verify that the measures proposed to eliminate barriers lead, in all cases, to higher market efficiency. In other words, COFECE will be forbidden to implement any measure leading to the elimination of any barrier in cases where undertakings are able to provide evidence that the so-called barriers are the source of efficiency gains leading to an increase in consumer welfare.

Notwithstanding that the implementation of measures to eliminate barriers to competition and free entry requires satisfying an efficiency test, uncertainty still remains regarding how these new legal powers will be used in practice. As noted above, the fact that barriers to competition and free entry is a more general concept than barriers to entry significantly increases the risk of having more frequent market interventions by COFECE. Additionally, Article 94 of the MECL establishes that the burden of proof regarding the efficiency gains necessary to deter the implementation of measures that eliminate barriers should be provided by undertakings. Thus, undertakings face a two-fold risk: first, the possibility that COFECE rejects the (absolute or relative) existence of efficiency gains in the market analyzed and, second, the risk that undertakings may deal with complexities in the measurement of the impact of the different sources of efficiencies in the performance of the market.

In this sense, undertakings operating in Mexico are strongly recommended to start to develop economic methodologies that allow them to identify, classify, and quantify the economic efficiencies that may exist in the different stages of production, distribution, and commercialization where they operate.

III. ESSENTIAL INPUTS

From an economic perspective, the second substantial change implemented in the new MECL is the introduction of the concept of “essential inputs” in the national competition framework. According to the new competition law, COFECE should take into account the following elements in order to identify the presence of an essential input in a particular market:

1. Whether the input is controlled by one or more undertakings either having market power or being a “preponderant” undertaking in terms of the new *Federal Telecommunications and Broadcasting Law*.²

2. Whether the replication of the input is unfeasible from a technical, economic, or legal point of view by any other undertaking.
3. Whether the input is indispensable for the provision of goods and services in one or more markets and whether that input doesn’t have close substitutes.
4. Whether the circumstances under which the undertaking ended up controlling the input were the result of risk-taking behavior or not.

Regarding the definition of essential inputs, it is worth noting that to identify essential inputs, undertakings should have market power, but it is unclear whether such market power should necessarily be observed in the relevant market to which the essential input belongs. Economic intuition dictates that this must be the case, but the law is ambiguous regarding this issue since it can also be interpreted that any undertaking having market power in any relevant market, and not necessarily in the relevant market in which the essential input belongs, satisfies the first condition. In this case, for example, a telecommunications operator having market power in the relevant market for mobile call termination may satisfy the first condition even when the essential input is identified in a totally different market as, let’s say, passive infrastructure.

Even when this last interpretation does not make much economic sense, it cannot be ruled out since the same (first) condition also states that an essential input can be identified when the input is controlled by a “preponderant” undertaking—a conceptual framework that only applies to the telecommunications and broadcasting industries. A preponderant undertaking is identified exclusively by the basis of its national market share either in the telecommunications or in the broadcasting sector. This implies that an essential input controlled by an undertaking having “significant presence” in a whole sector satisfies automatically the first condition which, by a logical extension, implies that in order to identify an essential input, it is not necessary to determine market power in the relevant market to which this input belongs to.

It is also worth discussing the implications of the last condition of the definition of essential inputs. This condition mandates COFECE to take into account the “circumstances” under which the undertaking ended up controlling the essential input. The Mexican Senate justified the addition of this fourth condition as a means to differentiate between different cases of input ownership. The idea is that ownership of essential inputs that derive from commercial risk-taking behavior should be treated differently from ownership that derive from other “circumstances”—although these other circumstances are not specified.

Regardless of the fact that this fourth condition still requires a more precise meaning, this condition is considered a positive feature of the new law, since it forces COFECE to treat ownership of essential inputs in a differentiated way. This may have positive effects on the deployment and investment of infrastructure, facilities, and distribution

officially enacted on July 14, 2014, a “preponderant” undertaking in Mexico is any firm that directly or indirectly controls, at least, 50 percent of the national market of the telecommunications or broadcasting “sectors.”

² In terms of the Federal Telecommunications and Broadcasting Law,

channels and can also be instrumental in fostering innovation in the production and commercialization of inputs in the whole economy.

Another important implication of introducing the concept of essential inputs in the Mexican competition regime relates to the characterization of two new unilateral conducts. First, according to the new MECL: (i) the refusal to give access, (ii) the imposition of restrictions to provide access, or (iii) the implementation of discriminatory access to essential inputs, may represent a unilateral conduct that violates competition law (MECL, Article 56). The second market conduct now intrinsically linked to the concept of essential input, and characterized as a unilateral conduct, is “margin squeeze,” a subject that has been the source of intense debates in the context of the telecommunications sector in Mexico.³

The concept of essential inputs embodied into the MECL is not exempt from implementation risks. In the new Mexican competition regime, COFECE not only has legal powers to identify essential inputs in the whole economy—the exemption being the telecommunications and broadcasting sectors, where the Federal Institute for Telecommunications has exclusive powers to identify and to regulate essential inputs in these sector—but also has the power to regulate them (MECL, Article 12). To provide powers to a competition authority in order to identify and to determine essential inputs is hardly surprising, but to provide powers to COFECE to unilaterally determine tariffs and conditions of access to those essential inputs is controversial.

This controversial power is particularly evident in the case of network industries, which typically are regulated industries. According to the new MECL, COFECE has the power to determine tariffs, terms, and conditions of access to those essential inputs in any sector of the economy. And, most importantly, this power does not need take into account the technical opinion that a sector-specific regulator may have regarding the regulation proposed by the competition authority. COFECE’s design of access regulation to an essential input in a regulated sector may take into account the technical opinion of the sector-specific regulator, but following this expert opinion is optional—not compulsory.

The fact that COFECE may mandate access regulation to essential inputs without necessarily taking into account expert advice of sector-specific regulators creates enormous risk since the social costs of implementing regulatory measures ill-designed for sector-specific needs can be significant. A main source of risk is pricing. As has been discussed extensively in the antitrust literature, any debate pretending to discuss terms of access is forced to debate the extent to which access pricing should derive from the “intrinsic” or the “market” value of access. This discussion is particularly complex and is a real conundrum when the entity in charge of determining optimal prices is a competition authority ill-prepared to address this kind of issue.

As some authors have mentioned, engaging in access regulation is not a simple task since it implies that the competition authority should be prepared:

...(1) to command that access be provided by others (2), to regulate the prices, terms, and conditions for the provision of such access, (3) to command the capacity expansion required to make such access feasible, and (4) to command that the service of the facility—as expanded to make access feasible—actually be provided to those who demand it.⁴

Since all these tasks are real challenges for any sector-specific regulator, it is not surprising that expectations for the implementation of optimal access regulation by a competition authority as COFECE are quite low.

IV. FINAL REMARKS

The introduction of new concepts as barriers to competition and free entry, and essential inputs, in the Mexican competition regime imposes important challenges. From the perspective of antitrust authorities, the “ex ante” and “ex post” powers to intervene in markets need to be used intelligently and responsibly to guarantee maximizing social welfare.

And from the perspective of undertakings, there is an urgent need to fully understand the scope of the new competition law and, most importantly, to work out the economics of the industry-specific efficiencies that, in most cases, will be the only answer to antitrust concerns deriving from the new competition framework in Mexico.

³ V. Pavón-Villamayor, Margin Squeeze in Mexican Mobile Telecommunications, 8(2) CPI ANTITRUST CHRON. (August, 2011).

⁴ A. Lipsky & G. Sidak, Essential Facilities, 51 STANFORD L. REV. 1187-1249 (1999).