

EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN MÉXICO*

EVOLUTION OF COMPETITION LAW IN MEXICO

Jorge A. ANAYA AYALA
Eugenio RUIZ TORRES
Ricardo V. TREJO GUZMÁN**

RESUMEN: Las políticas de competencia económica a nivel mundial están pasando por un proceso de homologación en sus criterios debido a la globalización, pues ocasiona que los actores económicos y sus conductas tengan implicaciones en más de un país. México, en los últimos años, ha recibido estas influencias que se traducen en modificaciones en sus políticas, leyes y procedimientos ante tribunales. Al respecto, recientemente hubo reformas que convierten a la Comisión Federal de Competencia en un organismo más autónomo y eficiente. Adicionalmente, mediante una acción de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha anulado varios artículos que obligaban a pedir autorización al Senado y al Poder Judicial para ejercer algunas facultades. La consecuencia de esto, a la luz de las leyes vigentes en otros países, es que México tiene un marco legal al nivel de las jurisdicciones que llevan la pauta en cuestiones de competencia económica.

Palabras clave: competencia económica, reformas legales, México.

ABSTRACT: Current policies regarding Competition Law are going through a major worldwide process of homologation, this, due to globalization, which affects to its economic entities, and the fact that their behavior has implications in more than one jurisdiction. Mexico, in the last years has been an open receiver of these influences, that have resulted in substantial changes to its policies, laws and judicial procedures. Consequently, recently there where several reforms that have transformed Mexican Competition Commission in a much more autonomous and efficient authority. Additionally, through an unconstitutionality action, Mexican Supreme Court has annulled several articles that required authorization from the Senate or from the Judicial Power to exercise some actions. The consequence of this, in comparison with current laws from other countries, is that Mexico has a legal framework at the level of the most advanced jurisdictions regarding competition law.

Descriptors: competition law, legal reforms, Mexico.

* Artículo recibido el 6 de enero de 2009 y aceptado para su publicación el 18 de mayo de 2009.

** Profesores de derecho en la Unidad Académica de Ciencias Jurídicas y Sociales, Campus Tampico, de la Universidad Autónoma de Tamaulipas.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLII, núm. 126, septiembre-diciembre de 2009, pp. 1169-1200

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *México, evolución comercial*. III. *Leyes y políticas en materia de competencia económica*. IV. *Acercamiento a la competencia económica mexicana*. V. *Carácter horizontal y vertical de las conductas de los actores económicos*. VI. *Procedimientos ante tribunales*. VII. *Conclusiones*.

I. PREÁMBULO

Cuando se habla de competencia económica, se trata de una lucha por la superioridad en un mercado. Los participantes de esta lucha son los competidores, generalmente empresas, y los consumidores, quienes habitan en determinada región geográfica, candidatos a comprar lo que producen los competidores.

La importancia de la competencia es que un mercado en condiciones de competencia perfecta trae consecuencias sumamente favorables para los consumidores.¹ Estas condiciones son un suficiente número de compradores de un producto y asimismo un gran número de competidores que comercializan tal producto, donde ninguno de éstos tiene el tamaño suficiente para alterar el mercado por sí solo. Todos los competidores tienen acceso en igualdad de condiciones a la información, materias primas y tecnología. Por lo que no hay diferencias sustanciales entre los productos que se ofertan. El principal beneficio es que los productos se comercializan entre los consumidores al precio que están dispuestos a pagar por ellos. Asimismo, los competidores obtienen el margen de utilidad suficiente para seguir invirtiendo en esa actividad económica. Otra consecuencia es que los bienes son producidos al más bajo costo posible, mientras que en un ambiente sin competencia, los productores no tienen incentivos para reducir sus costos de producción. Por otra parte, también debe tenerse en cuenta a la innovación tecnológica, la cual es más patente en un ambiente competitivo, ya que en sin competencia no hay motivos para mejorar el producto. En un ambiente monopólico, es decir, cuando hay un solo proveedor de cierto producto en el mercado, o cuando varias empresas competidoras entran en acuerdos para realizar la

¹ Whish, Richard, *Competition Law*, 5a. ed., Londres, Lexis Nexis, 2004, p. 2.

misma conducta monopólica, se dan consecuencias que traen repercusiones negativas para el desarrollo económico y los consumidores.² En primer lugar, el productor monopolista tiene la facultad de alterar el precio de su producto en el mercado, ya reduciendo la producción, haciendo escaso el producto, o al reducir las ventas, aumentando el precio. De esta manera puede aumentar su utilidad a costa de los consumidores, quienes no tienen otra opción en el mercado. Esto provoca una falta de inversión cuya consecuencia principal es la carencia de empleos.

Obviamente, es difícil que las condiciones de competencia perfecta se den en la realidad, sin embargo, es importante mantener un sano sistema de competencia, para que la distribución de los recursos de una sociedad sea lo más eficiente posible, y los consumidores obtengan la mejor calidad por el precio que están dispuestos a pagar. Es por ello que cada nación ha desarrollado políticas para garantizar que el mercado no sea distorsionado por los competidores. Con este trabajo se realiza un análisis del desarrollo legal y de las políticas de la competencia en México, mediante su contraste con los marcos regulatorios de la competencia de otras latitudes.

II. MÉXICO, EVOLUCIÓN COMERCIAL

En los Estados Unidos Mexicanos, la implementación de políticas de competencia es relativamente nueva. Para comprender la realidad y los retos que se enfrentan en este país respecto a competencia, es importante hacer una referencia a los sistemas económicos que han regido durante las últimas décadas. México, en los años ochenta, se caracterizó por una política de puertas cerradas a la competencia del exterior. Esta política se dio por parte del gobierno, que implementó la política de “sustitución de importaciones” que consistía en cerrar literalmente las fronteras a los productos de otros países y fomentar la producción nacional de esos productos que debían adquirirse en el extranjero. La idea era que gracias a la accesibilidad a materia prima y mano de obra barata, el país iba a ser autosuficiente rápidamente.

² Witker, Jorge y Varela, Angélica, *Derecho de la competencia económica en México*, México, UNAM, 2003, p. 4.

Debido al excesivo proteccionismo del Estado a las industrias nacionales, este periodo se caracterizó por competencia muy reducida por parte de competidores extranjeros, ocasionando como primer consecuencia, que el enfoque de todas las empresas mexicanas fuera local, es decir, no había perspectivas para competir e introducir sus productos al exterior, ya que tenían el mercado nacional reservado. Por otro lado, el número de empresas pertenecientes al Estado creció desmesuradamente. Esto último debido a la creciente participación del gobierno en la regulación del sector productivo, enfocado en una visión y un sentido de justicia social.

Con la posterior entrada de gobiernos con ideas tendientes al liberalismo, México, al entrar en una nueva dinámica enfocada en el libre mercado, promovió cambios en su estructura legal: se derogaron 14 leyes que regulaban la participación del Estado en la economía,³ sustituyéndose por un marco legal menos extenso y más concreto. Asimismo, el Estado desincorporó la mayor parte de las empresas que le pertenecían,⁴ dejando las actividades productivas en manos de los particulares, y enfocándose principalmente en su carácter de supervisor.

1. *Del proteccionismo al libre mercado, y a la paradoja de la libre competencia regulada*

Es importante cuestionar la motivación para regular la competencia, cuando por lo que se abogaba, inicialmente, era dejar como único ente regulador al mercado a través de la ley de la oferta y la demanda, en un sentido *laissez faire*. Es decir, ¿por qué limitar la expansión y desarrollo comercial de un agente económico? o en otras palabras, ¿por qué castigar el éxito? Sin embargo, se puede apreciar cómo, sin el adecuado marco legal que permita controlar las distorsiones en el mercado, los competidores más fuertes adquieren mayor poder y participación en el mercado, lo que les permite abusar de su dominancia y desaparecer a la competencia. Un ejemplo muy claro

³ Entre otras, la Ley de Industrias de la Transformación.

⁴ El Estado participaba activamente en sectores como banca, ingenios, teatros, etcétera.

sobre cómo se puede llegar distorsionar el mercado se aprecia en la historia moderna de México, donde los monopolios prevalecieron durante años en varios sectores de la economía.

2. *Cultura monopolística mexicana*

Por otra parte, la inserción de políticas de competencia puede parecer contradictoria a las prácticas comerciales y a la cultura mexicana. México se ha caracterizado históricamente por tener el poder depositado en una sola persona, ya sea en su época prehispánica, a través de los emperadores, en su época colonial con los virreyes, y en su época moderna con el presidencialismo. Esto no se limita a las cuestiones gubernamentales; culturalmente, las ideas de vasallaje y corporativismo han prevalecido entre la mayoría de la población. Con gran facilidad pueden ser apreciadas las prácticas antidemocráticas que continúan en organizaciones sindicales, partidos políticos y empresas. Y es por ello que cobra gran importancia la siguiente cuestión: ¿cómo hacer entender a una nación que se distingue por sus altas concentraciones de riqueza en las minorías,⁵ que se requiere modificar las prácticas comerciales basadas en el abuso del poder sustancial en el mercado y la protección gubernamental para derrotar a los competidores, con tal de tener un sano proceso de competencia? Ese parece ser uno de los principales retos que se hacen visibles en esta jurisdicción para las autoridades de la competencia.

III. LEYES Y POLÍTICAS EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Las leyes de competencia regulan, prohíben y castigan las conductas catalogadas como anticompetitivas. El concepto de políticas de competencia abarca no sólo a la ley, sino también la actualización y mejora de las normas, la promoción al ingreso de nuevos participantes en los mercados con alta concentración, y la correcta privatiza-

⁵ En 1992, 25 empresas en México representaban casi el 50.5% del PIB; actualmente 0.4% de la población económicamente activa concentra el 40% del PIB, *El Financiero*, 14 de junio de 2006.

ción de empresas estatales.⁶ La fuente legal del derecho de la competencia es el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que, a grandes rasgos, permite la libre concurrencia y prohíbe los monopolios, con la excepción de las actividades del Estado en ciertas áreas estratégicas. A partir de una reforma en 1983,⁷ esta prohibición se hizo extensiva a las prácticas monopólicas.

México ha tenido en su época moderna, para regular las cuestiones de competencia, una sola ley,⁸ la cual durante junio de 2006 fue objeto de un amplio paquete de reformas, sobre todo atendiendo a recomendaciones de la OCDE⁹ para mejorar su eficiencia y reducir sus deficiencias en cuanto a sus facultades.¹⁰ Esta fue promulgada en 1993, y constituye, junto con los artículos correspondientes de los tratados celebrados por México con otras naciones,¹¹ El Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, el Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia (en adelante CFC), y el manual de organización,¹² el marco normativo con el que se llevan a cabo las políticas de competencia en México. La Ley Federal de Competencia Económica está estructurada de la siguiente manera: Disposiciones generales, De los monopolios y las prácticas monopóli-

⁶ Shelton, Joanna R., "Regulatory Reform, Demonopolisation and Privatisation: How to Ensure Consistency with Competition", en Pre-Unctad X Seminar on the Role of Competition Policy for Development in Globalizing World Markets, Switzerland, Geneva, 14-15 de junio de 1999, <http://www.oecd.org/dataoecd/34/40/1919977.pdf>, p. 3.

⁷ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de febrero de 1983.

⁸ La primera ley, en relación con el tema que existió en México, fue la reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de monopolios promulgada en 1934. Esta ley facultaba al Poder Ejecutivo para imponer precios máximos, restringir la producción o limitar el acceso a alguna industria. También determinaba cuáles eran los productos de consumo necesario.

⁹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, "Competition Law and Policy in Mexico, 2004", en Shaffer Jay C., *Journal of Competition Law and Policy*, vol. 8, núm. 3, p. 55, <http://www.oecd.org/dataoecd/44/11/38956797.pdf>.

¹⁰ Sánchez Ugarte, Fernando, *Competition Law and Policy Review of Mexico*, Latin American Competition Forum, Washington D. C., 14 de junio de 2004, <http://www.oecd.org/dataoecd/51/62/32033838.pdf>.

¹¹ En ellos se establecen cuestiones de cooperación y asistencia en procedimientos, actualmente se tienen disposiciones referentes a la competencia en los tratados celebrados con Estados Unidos, Unión Europea, Colombia, Israel, Uruguay, Japón, Corea del Sur, Chile y Canadá.

¹² Publicado en el *Diario Oficial* el 11 de julio de 2007.

cas, De las concentraciones, De la Comisión Federal de Competencia, Del procedimiento, De las sanciones y Del recurso de reconsideración.

Esta ley establece que su principal objetivo es proteger el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de monopolios, así como las prácticas monopólicas.¹³ La consecuencia final de esto es la de proteger el juego y a los beneficiarios finales, que son los consumidores, no así a los jugadores, que son los competidores.

En junio de 2006 se concretaron una serie de reformas que tienen como objetivo alinear la ley con algunos criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia, actualizar algunos artículos para incluir a otros agentes económicos, aún sin fines de lucro,¹⁴ aumentar las facultades de la CFC respecto a emitir opiniones en relación con el sano desarrollo de los mercados,¹⁵ y realizar visitas de verificación, que serán analizadas mas adelante.

La Comisión Federal de Competencia

La entidad responsable de la aplicación de esta ley es la CFC, un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, con plena autonomía para administrarse y para dictar sus resoluciones. Está integrada por cinco comisionados designados por el titular del Poder Ejecutivo, y el Senado puede objetar dicho nombramiento.¹⁶ Al respecto, aunque se consideró de vital importancia que fueran confirmados por este órgano legislativo,¹⁷ debido al apoyo político que tendría la CFC y sus actividades al contar con la aprobación del Senado, recientemente la Suprema Corte de Justicia, al resolver

¹³ Ley Federal de Competencia (en adelante LFCE), artículo 2.

¹⁴ LFCE, artículo 3.

¹⁵ *Ibidem*, artículos 31 y 33 bis 4.

¹⁶ *Ibidem*, artículo 26.

¹⁷ Dictamen de la Comisión de Economía con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica, 19 de abril de 2006.

una acción de inconstitucionalidad,¹⁸ declaró contraria a la carta magna la facultad del Senado de objetar el nombramiento, esto, debido a la naturaleza de la CFC, que es un órgano desconcentrado de la administración pública centralizada; y entre un organismo de esta naturaleza y el titular del Poder Ejecutivo existe una relación de subordinación jerárquica. Por lo tanto, la Corte consideró que el Senado excede sus facultades y viola el principio de división de poderes,¹⁹ realizando una intromisión en la esfera jurídica de independencia del Poder Ejecutivo mediante esta facultad. Esto es contrario a lo que se hace en otros países, ya que en Estados Unidos,²⁰ La Comunidad Europea,²¹ Brasil²² y Japón²³ cuentan con un contrapeso legislativo en la designación de los encargados de la aplicación de las leyes de la competencia. Al respecto, la Corte no tomó en cuenta la importancia del apoyo legislativo, además del grado de independencia respecto al titular del Poder Ejecutivo por parte de los miembros de la CFC, y aún la posición disidente de algunos miembros de la Corte parece un tanto mesurada, en el sentido de que la facultad del Senado constituía únicamente una opinión que no afecta la facultad de designación del titular del Ejecutivo,²⁴ si se toma en cuenta la gran diversidad de factores y asuntos de índole comercial, económica y política sobre los que van a incidir los miembros de la CFC.

En el mismo sentido, la Corte aplicó un criterio, ya establecido en la jurisprudencia, de que los informes entre poderes sólo proceden

¹⁸ Sentencia relativa a la acción de inconstitucionalidad 33/2006, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de julio de 2007.

¹⁹ El artículo 49 constitucional establece la división de poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

²⁰ Federal Trade Commission Act, 15 U. S. C. §§ 41 (sec. 1), designados por el presidente con la asesoría y consentimiento del Senado.

²¹ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, artículo 214 (2); elegidos por el comisionado presidente después de oír a los gobiernos de los Estados miembros; la lista se turna al Consejo Europeo, quien la debe adoptar por mayoría, y después remitirla al Parlamento Europeo, quien emite el voto final de aprobación, siendo nombrado oficialmente por el Consejo Europeo.

²² Artículo 4, Ley 8.884, nombrados por el presidente después de su aprobación por el Senado.

²³ Artículo 29 (2), Ley Antimonopolios: designados por el primer ministro con el consentimiento de ambas casas de la Dieta (poder legislativo de Japón).

²⁴ Voto particular de la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, *op. cit.*, nota 18, p. 89.

cuando están establecidos en la Constitución. Por lo tanto, al no estar de manera implícita o explícita en el texto de la carta magna, fue declarada inconstitucional la obligación de rendir un informe al congreso de la unión por parte del presidente de la CFC.

Los titulares de la CFC deliberan y deciden de manera colegiada los asuntos que se les presentan. En cuestiones de transparencia, es importante reconocer que se ha hecho un gran trabajo, pues se publican todas las resoluciones a las cuales tiene acceso cualquier interesado.²⁵ Esto se hace con afanes puramente informativos, más no para sentar un precedente sobre el actuar de la CFC, para usarse en casos futuros.

IV. ACERCAMIENTO A LA COMPETENCIA ECONÓMICA MEXICANA

El enfoque de México, respecto a los conceptos comunes que prevalecen entre las leyes de competencia de los distintos países, guarda ciertas características que es necesario analizar.

1. *El mercado relevante*

Una de las cuestiones más importantes en la labor diaria de las autoridades de la competencia es definir el mercado relevante.

Aunque la ley no contiene una definición específica de lo que es el mercado relevante, se puede inferir que es el mercado donde los competidores ejercen su actividad económica. Al respecto, la CFC ha emitido guías que resultan de gran apoyo para los participantes económicos,²⁶ con la única indicación de que la observancia de estas guías no es obligatoria. Su importancia radica en que los criterios utilizados para definirlo aumentan o reducen sustancialmente el número de competidores. En ese sentido, atendiendo a los distintos factores, como el producto o el territorio, pueden apreciarse resultados distintos. En consecuencia, un mercado amplio como el de las frutas en

²⁵ A través del portal www.cfc.gob.mx.

²⁶ Con respecto al mercado relevante, véase Concentraciones. Apuntes para el análisis económico, http://www.cfc.gob.mx/images/stories/actividades_de_CFC/concentraciones/Analisis_Concentraciones.pdf.

general, contiene un universo mucho mayor de competidores que si se considera únicamente un tipo de fruta. Asimismo, el número de competidores puede ser menor si se consideran dos Estados del país como mercado geográfico en vez de toda la república. La ley establece que la autoridad, para determinar el mercado relevante, debe considerar los siguientes elementos: primero, la capacidad de sustitución de los productos. Esto quiere decir que si dos productos pueden ser sustituidos por el consumidor, están en el mismo mercado. Por ejemplo, en el caso Warner Lambert,²⁷ una investigación por prácticas monopólicas relativas consistentes en depredación de precios en contra de sus competidores, el mercado considerado fue el de las gomas de mascar. En este caso la empresa, en el recurso de revisión y en el amparo, solicitó que fueran considerados los posibles sustitutos para la goma de mascar. Sin embargo, la ley no establece cuáles son los factores a considerar para que la autoridad decida si un caramelo o unas frituras son lo suficientemente cercanos para sustituir a la goma de mascar, y consecuentemente hacerlos partícipes del mismo mercado relevante. A manera de aclaración, en la guía emitida por la CFC se mencionan, entre otros, los siguientes criterios:²⁸

Que se pueda razonablemente establecer una equivalencia entre las unidades de un producto que cumple la misma función que un cierto número de unidades del otro.

Que para la venta de sus productos, los oferentes los presenten a los clientes como sustitutos (“le conviene comprar más esto que aquello”).

La inclusión en publicidad comparada.

La inclusión en exactamente el mismo apartado en catálogos y directorios.

Opiniones de clientes y proveedores.

Segundo, los costos de distribución del producto, incluyendo sus complementos e insumos relevantes. Asimismo, el costo de sustituir el producto por aquellos provenientes de otras regiones y del extranjero. Dentro de este rubro, además se deben considerar las restricciones

²⁷ Expedientes: DE-11-94; RA-06-96; IO-16-96; RA-04-98 y RA-97-2002.

²⁸ Véase nota 25, p. 8.

impuestas por los agentes económicos o sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer la región.

Tercero, los costos y las probabilidades que tienen los consumidores para acudir a otros mercados. Esto se conoce como el poder del consumidor, es decir, si el productor aumenta arbitrariamente el precio de su producto en el mercado, se deben analizar las posibles reacciones de los consumidores. Si dentro de sus posibilidades está el optar por otro competidor o por otro producto, puede considerarse un indicio de condiciones normales de competencia.

Finalmente, las restricciones normativas. Estas son las disposiciones que impone el Estado a un agente económico para ingresar a un mercado, tal es el caso de medidas sanitarias, o los requisitos para obtener una concesión de uso de una superficie de playa, en el caso de desarrollos inmobiliarios.

2. Poder sustancial en el mercado

Una vez que el mercado relevante ha sido plenamente establecido. Se debe considerar el porcentaje de participación en el mercado que cada entidad económica tiene. Mientras mayores porcentajes acumulen los agentes económicos, mayor grado de concentración habrá en el mercado relevante. Para determinar el grado de concentración, normalmente se toman en cuenta las ventas totales del producto, y se compara con las ganancias de cada participante económico. En México, no está establecido en la ley el método que debe seguir la CFC para establecerlo. Sin embargo, el 24 de julio de 1998 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la resolución por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante, y los criterios para su aplicación. Esta establece que los índices de concentración son calculados tomando como factor principal las participaciones de los agentes económicos en el mercado, sin considerar otra información para determinar el grado de competencia.²⁹ Estas participaciones son determinadas a partir de cualquier factor que la CFC considere

²⁹ García Castillo, Tonatiuh, *Ley Federal de Competencia Económica: comentarios, concordancia y jurisprudencia*, México, UNAM, 2003, p. 89.

relevante. Esto puede incluir valor de las ventas, capacidad de producción, número de empleados, número de unidades, etcétera.³⁰ Sin embargo, la CFC no cuenta con un lineamiento a nivel de ley que le indique como debe considerar estos factores e incluso si los debe o no considerar en cada caso concreto. Esto trae como resultado que la CFC está en posición de considerar estos factores de manera selectiva. Desgraciadamente, en las resoluciones judiciales disponibles, no ha sido sometido a escrutinio judicial el análisis económico. En el caso Warner Lambert, donde se abordaba esta situación,³¹ se decretó el sobreseimiento, omitiéndose entrar al fondo del asunto. Es importante que esta cuestión sea aclarada en la ley para dar mayor seguridad a los actores económicos.

Actualmente, en el anteproyecto de Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica³² se plantea una solución a esta situación modificando el criterio de *estimación procedente por determinación*.³³ La consecuencia de ello, es que pueda haber un mayor grado de certeza previa para conocer los factores a considerar por la CFC, por haberlos determinado. Posteriormente, se determinará el poder sustancial que tiene un agente económico en el mercado. El poder sustancial es básicamente la capacidad de hacer, que se traduce en la facultad de unilateralmente tomar decisiones y realizar actos que distorsionen al mercado, sin que los competidores puedan hacer algo al respecto. El poder sustancial generalmente está ligado a altos grados de concentración por parte de un agente económico, por lo que una empresa con una participación significativa dentro de un mercado, mantiene la presunción de tener poder sustancial. Por ejemplo, en el caso Coca Cola³⁴ se encontró que las empresas agrupadas por esta empresa, acumulaban en 1999 un 72.1% del total de las ventas de cajas uni-

³⁰ Al igual que en la legislación comunitaria europea, véase Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, OJ 1997 C372/5, párrafos 53-55.

³¹ Amparo en revisión 121/97, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia, 15 de mayo de 2000.

³² Anteproyecto de Reglamento de la LFCE, http://www.cofemermir.gob.mx/inc_lectura_regioncontentall_text.asp?submitid=12167.

³³ *Ibidem*, artículo 11.

³⁴ Amparo en revisión 469/2006-6234, Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, 30 de abril de 2007.

dad en ese año, además de sus canales de distribución que les permiten comercializar su producto en todo el país. Otro factor fue que su competidor más cercano³⁵ tenía una participación de 17.96% en el mercado, que si bien no deja de ser significativa, en comparación con el porcentaje de Coca Cola demuestra la superior presencia en el mercado de esta empresa. Adicionalmente, la ley establece como características a considerar para determinar si un agente económico tiene poder sustancial, la capacidad para fijar precios unilateralmente o restringir el abasto del producto, en relación con la capacidad de los competidores para contrarrestar los efectos de estas acciones, la existencia de barreras a la entrada al mercado, el grado de participación en el mercado de los demás competidores, las posibilidades de acceso a materias primas para elaborar los productos objeto del mercado y su comportamiento reciente. Por comportamiento reciente, se puede deducir que se trata de los intentos de modificar los precios, la demanda y abasto del producto, o los intentos de seguir expandiéndose. Adicionalmente, se establecen en el reglamento³⁶ factores que también se deben considerar que son el grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado relevante, la falta de acceso a importaciones o la existencia de costos elevados de internación, y la existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores. Es, en la inclusión de estos factores, donde el análisis económico a realizar debe ser lo más preciso posible, ya que los costos a determinar atienden a una gran cantidad de variables,³⁷ además de que los resultados se basan fundamentalmente en teorías elaboradas a partir de los datos duros. Estos resultados varían si se ponen en una perspectiva a corto o a largo plazo, por lo que asimismo debe especificarse qué criterio debe prevalecer al determinar el poder sustancial. El tener poder sustancial en sí no amerita una sanción, sin embargo, una declaratoria de poder sustancial o de dominancia en el mercado trae consecuencias para las empresas objeto de esta declaratoria. Les otorga una especie de responsabilidad adicional sobre todos los actos unilaterales que realicen, en el sentido de que deben evitar distorsionar el mercado. En ese

³⁵ PCM (Pepsi).

³⁶ Reglamento LFCE, artículo 12.

³⁷ Como las distancias, clima, accesibilidad, etcétera.

sentido, las empresas con poder sustancial generalmente también cuentan con altos grados de eficiencia en todos sus procesos productivos, por lo que es importante precisar en cada caso concreto, cuándo la conducta de una empresa con poder sustancial es derivada de su alta eficiencia, o si tiene la intención de distorsionar el proceso de competencia.

Otra cuestión que aún debe de considerarse en el marco de la LFCE, es el fenómeno de la transmisión de poder sustancial de mercado conjunto y de mercados relacionados, lo que se conoce como *leveraging*. Existió la propuesta de incorporar esto a la ley en las reformas de 2006,³⁸ sin embargo, esta cuestión finalmente fue dejada de lado. El único indicio al respecto en la LFCE³⁹ es con atención a las concentraciones, donde se deben tomar en cuenta los mercados relacionados, así como en la resolución del 24 de julio de 1998, donde se establece como factor para considerar que la concentración pueda dañar el proceso de competencia cuando tengan, o exista la posibilidad de adquirir poder sustancial en mercados relevantes relacionados.⁴⁰

3. *De los monopolios y las prácticas monopólicas*

Como es sabido, además de la situación en la que hay un solo productor en el mercado, existe la posibilidad de que varios competidores acuerden realizar ciertas conductas, cuyos efectos se asemejan a los de un monopolio, esto en detrimento de la competencia. Actualmente en México, existen varias empresas propiedad del Estado, que aunque no tienen competencia, no son considerados monopolios, al ser considerados sectores estratégicos⁴¹ y prioritarios para el país. Sin embargo, un acierto de las reformas de 2006 fue especificar que el tratamiento especial a estas empresas con respecto a la LFCE, es únicamente para los actos expresamente asentados en el artículo 28 constitucional. Esto da mayor certeza respecto del ámbito de aplica-

³⁸ Véase *op. cit.*, nota 16.

³⁹ Artículo 18, fracción III.

⁴⁰ Resolución, punto 5.3.

⁴¹ Como lo son el petróleo, generación de energía nuclear, electricidad y el servicio postal.

ción de la ley a las empresas propiedad del Estado, las cuales participan en varias actividades económicas adicionales a las consideradas estratégicas.⁴²

La ley distingue, de entre las prácticas monopólicas, las prácticas absolutas y las prácticas relativas, la distinción radica en que las primeras están prohibidas terminantemente, mientras las segundas requieren demostrar, mediante un análisis económico, que afectan efectivamente al proceso de competencia y que distorsionan el mercado. La razón de esto es que hay conductas que, aunque afectan la competencia, pueden traer beneficios en la producción, lo cual puede beneficiar a los consumidores. Como prácticas absolutas la ley⁴³ establece las siguientes: fijación de precios, restricción de oferta, segmentación de mercados y coordinación de posturas. De la realización de estas conductas no es posible alguna clase de ganancia en eficiencia, al no involucrar cuestiones productivas, y es por ello que son prohibidas sin mayor trámite. Éstas pueden traducirse en muy distintas formas de conducta, como los son los actos, contratos, convenios, combinaciones y a partir de las reformas del 2006, los procedimientos encaminados a perjudicar el proceso competitivo. A continuación serán brevemente descritas:

Fijación de precios: Es considerada una de las conductas más dañinas dentro de la competencia: los competidores toman un acuerdo para fijar el mismo precio para sus mercancías. Anteriormente esta conducta era utilizada para promover la estabilidad, proteger a las empresas de las crisis económicas y la competencia extranjera, además de protegerse de los proveedores que operan a un nivel arriba en la cadena de producción, como los productores de materias primas, sin embargo, esta conducta afecta seriamente la economía de los consumidores al pagar un precio mayor al real.

Restricción de oferta: existe un acuerdo que establece límites a la cantidad de producto que va a colocar cada competidor en el mercado.

Segmentación del mercado: los competidores se dividen el mercado, usualmente de manera geográfica, haciendo inaccesibles distintas opciones de compra de un producto para los consumidores.

⁴² En el mercado de mensajería express, la empresa de servicio postal nacional compete con muchos otros participantes.

⁴³ LFCE, artículo 9.

Fijación de posturas en licitaciones: los concursantes se ponen de acuerdo para establecer quién va a ofrecer la postura más atractiva, y en consecuencia obtiene el contrato con el gobierno. De esta manera, se nulifica el proceso de competencia y el gobierno adquiere el servicio o el producto necesario a un precio más elevado, al no haber posturas más bajas. Para combatir las, en el paquete de reformas de 2006 se estableció en la ley el programa de inmunidad,⁴⁴ el cual consiste en la reducción de sanciones a los miembros de un acuerdo contrario a las leyes de competencia, que denuncien la práctica realizada. Esto, con el fin de motivar a los actores económicos a acudir a las autoridades de la competencia, antes de que alguno de sus compañeros del acuerdo lo haga, obteniendo para sí la inmunidad.

Respecto a las prácticas monopolísticas relativas, la ley⁴⁵ distingue las siguientes actividades que, en general, denotan una obligación de los comerciantes y demás participantes en la cadena del proceso de producción y comercialización para con el agente económico:⁴⁶ división vertical de mercados, restricciones a la venta del producto final, ventas atadas, contratos de exclusividad, negación de trato, boicot, y anteriormente, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios. Esta última fracción fue considerada anticonstitucional por la Suprema Corte de Justicia, en el sentido de que al establecer criterios genéricos y omitir enunciar de manera clara los elementos constitutivos de la conducta a sancionar, dejaba en estado de indefensión al ciudadano al estar sujeto a una posible arbitrariedad por parte de la autoridad.⁴⁷ En consecuencia, se agregaron las siguientes conductas como prácticas monopolísticas relativas, las cuales ya aclaraban el sentido de esta disposición en el reglamento respectivo: poner un precio al público por debajo del costo de producción para eliminar a la competencia;

⁴⁴ LFCE, artículo 33 bis 3.

⁴⁵ *Ibidem*, artículo 10.

⁴⁶ Pereznieta Castro, Leonel y Guerrero Serreau, Roberto, *Derecho de la competencia económica*, México, Oxford, 2002, p. 111.

⁴⁷ COMPETENCIA ECONÓMICA. Amparo en revisión 2589/96. Grupo Warner Lambert, México, S. A. de C. V. Mayoría de ocho votos. Ponente José Vicente Aguinaco Alemán, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, t. XIX, 25 de noviembre de 2003, p. 256.

descuentos o incentivos a los compradores enfocados a abstenerse de usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, o condicionar la compra o transacción a la realización de estas conductas; la amortización de pérdidas en una actividad con las utilidades de otras; la diferenciación de trato o condiciones y la acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores.

Ahora, también es importante identificar cómo la CFC va a diferenciar de entre las prácticas monopólicas relativas que realicen los agentes económicos, cuáles son las permitidas y cuáles van a ser prohibidas. En primer término, se debe comprobar que el agente económico aludido tiene poder sustancial en el mercado relevante y que la práctica sea respecto al mercado donde se tiene el poder sustancial.⁴⁸ Al respecto, la ley establece las siguientes situaciones que la CFC puede considerar como ganancias de eficiencia:

La introducción de productos nuevos; el aprovechamiento de saldos, productos defectuosos o perecederos; las reducciones de costos derivadas de la creación de nuevas técnicas y métodos de producción, de la integración de activos, de los incrementos en la escala de la producción y de la producción de bienes o servicios diferentes con los mismos factores de producción; la introducción de avances tecnológicos que produzcan bienes o servicios nuevos o mejorados; la combinación de activos productivos o inversiones, y su recuperación, que mejoren la calidad o amplíen los atributos de los bienes y servicios; las mejoras en calidad, inversiones y su recuperación, oportunidad y servicio que impacten favorablemente en la cadena de distribución.

Esto establece que aquellos acuerdos que puedan restringir la competencia sean permitidos, siempre y cuando promuevan el mejoramiento de la producción o distribución de los bienes o el progreso económico y tecnológico.

⁴⁸ LFCE, artículo 11.

Como puede apreciarse, el sistema legal de clasificación de las prácticas monopólicas es parecido al sistema establecido en los Estados Unidos, donde aplican dos criterios, la regla *per se* y la regla de la razón. La regla *per se* nos habla de prácticas que, en el mismo sentido que las prácticas monopólicas absolutas, están terminantemente prohibidas y las autoridades de la competencia sólo deben probar que la conducta efectivamente se materializó para sancionar. Respecto a la regla de la razón, se ha establecido que las prácticas deben restringir irrazonablemente la competencia, ya que todos los acuerdos generalmente son para aventajar a los demás competidores. Por esto cada caso debe ser evaluado individualmente, atendiendo a cada una de sus circunstancias especiales.⁴⁹ Entre las prácticas que las cortes americanas han considerado ilegales están la alteración de precios,⁵⁰ que incluso se puede traducir en la reducción de condiciones favorables de crédito por parte de los productores a los vendedores,⁵¹ segmentación de mercados,⁵² boicots⁵³ y atadura de productos.⁵⁴

Por otro lado, haciendo referencia al derecho comunitario europeo de la competencia, la base legal de la prohibición de las prácticas monopólicas es el artículo 81 (1) del Tratado de la Comunidad Europea, el cual establece como incompatibles con el mercado común las siguientes conductas:

- a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción.
- b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.
- d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.

⁴⁹ Continental TV Inc. *vs.* GTE Silvania, U. S. 36, 49 (1977).

⁵⁰ U. S. *vs.* Socony-Vacuum Oil Co., 310 U. S. 150 (1940).

⁵¹ Catalano, Inc. *vs.* Target Sales, Inc., 446 U. S. 643, (1980).

⁵² United States *vs.* Addyston Pipe & Steel Co., 85 F. 271, *aff'd*, 175 U. S. 211 (1899).

⁵³ Fashion Originators Guild *vs.* FTC, 312 U. S. 457 (1941).

⁵⁴ International Salt Co. *vs.* United States, 332 U. S. 392 (1947).

e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Esta lista es considerada puramente ilustrativa, por lo que es a través de la legislación secundaria y los análisis realizados en los procedimientos realizados ante los tribunales europeos por lo que se pueden identificar los acuerdos que previenen, distorsionan o restringen la competencia. La premisa inicial es que a la conducta analizada, le sea declarado aplicable el artículo 81 (1) del tratado. La segunda parte del análisis es considerar si esta conducta puede ser permitida. Esto debido a que el mismo artículo 81, en su fracción tercera, establece que se puede exentar de la aplicación de las normas de competencia a una práctica monopólica si se prueba alguno de los siguientes beneficios: “que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante”.

Es decir, toda práctica es susceptible de ser permitida por la Comisión Europea de la Competencia, quien es el organismo encargado de aplicar las leyes de competencia en la Comunidad Europea, si en el análisis se encuentra que cumple con los requisitos requeridos. Para esto se apoya en la emisión de legislación secundaria, que marca los criterios sobre cómo se va a aplicar esta disposición a los casos concretos.⁵⁵ Como se puede apreciar, en el derecho comunitario europeo no existe una división entre prácticas prohibidas sin mayor análisis y prácticas que pueden permitirse. Esto ocasionó en un principio que demasiados acuerdos cayeran dentro del supuesto del artículo 81(1), con la desventaja de que el procedimiento para obtener una excepción individual bajo la fracción tercera del mencionado artículo es muy largo. Para solucionar eso se crearon excepciones en bloque,⁵⁶ para que las empresas ajustaran las conductas que pensaban

⁵⁵ Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. OJ 2004/C 101/08.

⁵⁶ Se han creado excepciones para diversos mercados, como lo son las telecomunicaciones, el transporte marítimo, transporte aéreo, seguros y agricultura.

realizar a las establecidas en esos reglamentos. Debido a la sobrecarga de trabajo, a partir de 2003 les fueron transferidas las facultades para otorgar excepciones bajo el artículo 81 (3) a las autoridades de competencia y a las Cortes de cada país.⁵⁷ Sobre los criterios de exención, a pesar de que se ha afirmado que las Cortes europeas han aplicado y deben aplicar la regla de la razón,⁵⁸ y de que efectivamente las Cortes europeas analizan y ponen en la balanza los efectos pro y anticompetitivos de las conductas desafiadas por la comisión, estas han aclarado que esto no quiere decir que la intención sea aplicar la regla de la razón en el mismo sentido que las Cortes americanas,⁵⁹ ya que las leyes que gobiernan la competencia en cada una de estas jurisdicciones es muy distinta una de la otra y persiguen diferentes objetivos.⁶⁰

Es decir, las Cortes americanas han desarrollado la posición de que los efectos anticompetitivos son evaluados sustancialmente, caso por caso. A partir de esto se han ido modificando los criterios para determinar si una conducta es anticompetitiva o no. Ciertos tipos de acuerdos horizontales, boicots y acuerdos de limitación son considerados legales a la luz de sus justificaciones y efectos pro competitivos. El sistema legal mexicano no es tan flexible como el americano, donde con cada procedimiento ante los tribunales se van modelando los criterios de la regla *per se*, por lo tanto es de vital importancia definir adecuadamente en la LFCE cómo se van establecer estos criterios, para evitar que los acuerdos que promuevan la eficiencia queden prohibidos bajo la rigidez del texto legal.⁶¹ Al parecer, la ley del 94 aplicaba la regla de la razón a través de los artículos 11, 12 y 13, en correlación con los artículos 9 al 13 del reglamento LFCE. Sin embargo, estas disposiciones cumplen la función de determinar primera-

⁵⁷ Reglamento (CE) número 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, OJ L001/2003-1, en adelante: "Reglamento 1/2003", artículos 5 y 6.

⁵⁸ Caso T-112/99, M6 and Others *vs.* Commission, párrafos 68, 69 y 72.

⁵⁹ Caso T-328/03, O2 *vs.* Commission.

⁶⁰ Por ejemplo, el establecimiento y consolidación de un solo mercado, base de la integración económica europea.

⁶¹ García Rodríguez, Sergio, "Reflexiones comparativas de la Ley Federal de Competencia Económica, la regla *per se* y la regla de la razón", *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, UNAM, 1994, p. 47.

mente el mercado relevante para el análisis, y en segundo lugar, si alguno de los agentes económicos que participan en ese mercado ostenta una posición dominante en el mercado. A partir de esos supuestos se analizaban las prácticas monopólicas relativas. Actualmente, al establecerse en la ley los criterios de eficiencia, se cuenta con un cuerpo legal más definido en este aspecto. En un futuro, será muy interesante ver como la CFC va a aplicar estos criterios en los casos de prácticas monopólicas relativas que se le presenten.

4. *Concentraciones*

El concepto general de concentración es cuando dos entidades económicas se unen, ya sea para formar una nueva, o para que una se integre y quede bajo el control de la otra. Concentrarse es una de las actividades que se realizan en los negocios muy comúnmente, ya que la adquisición por parte de una empresa a otra le puede traer grandes beneficios y utilidades, como son: la entrada en nuevos mercados, el acceso a mejores tecnologías, a información, además de eficiencia en los procesos industriales y logísticos. Sin embargo, las concentraciones tienden también a acumular poder dentro de un mercado. Si dos empresas se fusionan, una con 25% de poder en el mercado y otra con 35%, da un resultado de una entidad con un 60% de dominancia del mercado. Con esta presencia, la entidad resultante puede manipular el mercado en detrimento de la competencia. Las concentraciones deben, por lo tanto, ser notificadas antes de su realización, de otra manera el mercado puede distorsionarse y las acciones tendientes a restablecer el proceso de competencia en el mercado pueden no ser efectivas.

Actualmente, en México deben notificarse previamente aquellas cuyo valor de operación o un valor de activos o ventas sea de 18 millones de veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal.⁶² Anteriormente, el valor establecido en la LFCE era de 12 millones,

⁶² Para 2007, el salario mínimo es de 50.57 pesos, por lo que el monto mínimo para notificar es de 910,260,000.00 pesos.

sin embargo, al evaluar el nivel de trabajo y los resultados,⁶³ se aumentaron los parámetros para obligar a notificar una concentración. Si bien, en comparación con otras jurisdicciones,⁶⁴ puede parecer aún bajo, atendiendo al tamaño de la economía de México, estos pueden considerarse lo suficientemente apegados a la realidad nacional.

Nuestra legislación actual⁶⁵ reconoce tres supuestos en las cuales una concentración puede ser impugnada o sancionada:

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

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

III. Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley.

Para determinar si una concentración tiene los objetos anteriormente descritos, la ley⁶⁶ establecía inicialmente los siguientes indicios:

I. El mercado relevante, en los términos prescritos en el artículo 12 de esta Ley.

II. La identificación de los agentes económicos que abastecen el mercado de que se trate, el análisis de su poder en el mercado rele-

⁶³ En el periodo de 1993 a 2002, 87% de las concentraciones notificadas no fueron objetadas (fuente: Anexo estadístico, Década de competencia en México), y del total de 122 concentraciones notificadas en el 2004, sólo una fue objetada y cuatro condicionadas (fuente: Dictamen de la Comisión de Economía 16 de abril de 2006).

⁶⁴ En Estados Unidos, el valor que el adquirente debe de obtener del adquirido es de más de 200 millones de dólares, o de más de 50 millones de dólares bajo ciertas condiciones, 15 USC, Ch. 1, Sec. 18^a (a)2(A), mientras que en la Comunidad Europea se utiliza el término “dimensión comunitaria”, cuyas características primarias son: que el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas a concentrarse supere los 5000 millones de euros, y que el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, artículo 1 (2) a) y b) del Reglamento Comunitario de Concentraciones, OJ L24/2004-1.

⁶⁵ LFCE, artículo 17.

⁶⁶ *Ibidem*, artículo 18.

vante, de acuerdo con el artículo 13 de esta Ley, el grado de concentración en dicho mercado.

III. Los demás criterios e instrumentos analíticos que prescriba el Reglamento de esta Ley.⁶⁷

Post reformas 2006 se adicionaron los siguientes indicios:

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

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

V. Los elementos que aporten los agentes económicos para acreditar la mayor eficiencia del mercado que se lograría derivada de la concentración y que incidirá favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia.

La cuestión más relevante de la reforma de este artículo, además de incorporar algunos principios adicionales a considerar, es la inserción del concepto de eficiencia para las fusiones. En el anteproyecto del reglamento,⁶⁸ se propone una lista, que no es limitativa de cómo un agente económico puede demostrar las ganancias en eficiencia, como son: la obtención de ahorros en recursos que permitan, de manera permanente, producir la misma cantidad del bien a menor costo o una mayor cantidad del bien al mismo costo; la obtención de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta que separadamente; la disminución significativa de los gastos administrativos; la transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado, y la disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura o distribución.

⁶⁷ Después de las reformas, ésta se convirtió en la fracción sexta.

⁶⁸ Véase *op. cit.*, nota 32, artículo 16.

Generalmente, las autoridades de competencia, al analizar una posible concentración, deben de plantear el escenario futuro que se va a presentar en el mercado relevante si se lleva a cabo la concentración. Para ello igual se basan en modelos económicos que tratan de reflejar la situación en el mercado después de la concentración, con atención tanto a los consumidores como a los demás competidores. Por ejemplo, en el caso Guinness,⁶⁹ una concentración entre empresas participantes en el mercado de bebidas alcohólicas, las autoridades resolvieron que en el caso del whisky escocés, la concentración propuesta resultaba en una participación en el mercado de 42.3%, mientras que el competidor más cercano⁷⁰ tenía en aquel momento una participación del 12.7%. Asimismo, como resultado de la concentración, la nueva entidad aumentaba su participación en los mercados del cognac, ginebra, vodka, tequila, vinos espumosos, ron, licores y brandy. Derivado de esto, la concentración de marcas reconocidas le daban a la entidad propuesta la posibilidad de realizar subsidios cruzados y mayores posibilidades de negociación con sus consumidores. Por ello, la concentración fue condicionada a desincorporar o licenciar una de las marcas de whisky⁷¹ por tres años.

El tratamiento de las concentraciones hoy en día es una de las cuestiones básicas en los negocios internacionales, esto, debido a que las empresas tienen presencia en varias jurisdicciones, y al momento de realizar una concentración, éstas tienen que ser notificadas en más de un país, por lo cual se deben de considerar varias legislaciones, además de los criterios locales respecto a la competencia. Por lo mismo, se hacen esfuerzos tendientes a lograr una mayor unificación de criterios con respecto a la autorización de concentraciones internacionales. Lo anterior, con el fin de evitar que una concentración autorizada en un país sea prohibida en otro, como ha sucedido con anterioridad.⁷² Hoy en día, los tratamientos a las concentraciones son muy similares tanto en Estados Unidos como en la Comunidad Euro-

⁶⁹ Concentración Guinness-Grand Metropolitan, caso cnt-19-98.

⁷⁰ Seagram's.

⁷¹ J&B, ya que Guinness contaba, al momento de proponer la concentración, con las marcas Johnnie Walker, Buchanan's y Old Parr.

⁷² La propuesta de concentración entre GE y Honeywell fue autorizada por las autoridades estadounidenses y canadienses, pero prohibida por la Comisión Europea de Competencia, a pesar de ser ambas empresas de Estados Unidos.

pea respecto a las cuestiones de análisis económicos de los efectos anticompetitivos y enfoques en las eficiencias. Con referencia a la legislación mexicana, se debe tomar en cuenta la experiencia de otras naciones, en el sentido de que las participaciones en el mercado no son la verdad absoluta respecto a los efectos de una concentración, y que se deben analizar a plenitud las características del mercado,⁷³ su estructura y antecedentes, además de las necesidades de los consumidores. Hay que recordar que el propósito de las fusiones son para beneficio económico de quienes las realizan, e ineludiblemente representan una ventaja sobre sus competidores. La consideración de las eficiencias es un avance en cuanto al tratamiento de las fusiones se requiere, sin embargo es necesario que se aclare la manera de valorar estas eficiencias.

V. CARÁCTER HORIZONTAL Y VERTICAL DE LAS CONDUCTAS DE LOS ACTORES ECONÓMICOS

Cuando la conducta se materializa entre empresas que operan en distintos niveles de la cadena de producción, se habla de un carácter vertical. Cuando estas conductas se dan entre empresas que operan a un mismo nivel de la cadena productiva, se trata de un carácter predominantemente horizontal. En México, a diferencia de lo que se hace en otras latitudes,⁷⁴ no existe en la ley⁷⁵ un trato diferenciado entre las prácticas monopólicas y concentraciones de carácter horizontal

⁷³ Abbot, Alden F., "A Brief Comparison of European and American Antitrust Law", University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, disponible en <http://www.competitionlaw.ox.ac.uk/lawwle/users/ezrachia/CCLP%20L%2002-05.pdf>, p.16.

⁷⁴ Véase, por ejemplo, en Estados Unidos: Horizontal Merger Guidelines (04-08-97) y Non Horizontal Merger Guidelines (06-14-84); y en la Comunidad Europea: Commission Notice-Guidelines on Vertical Restraints O J C291/2000, p. 1. Commission Notice-Guidelines on the Applicability of Article 81 to Horizontal Co-operation Agreements OJ C3/2001, p. 2, Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings OJ C31/2004, p. 5. y Draft Commission Guidelines on the Assessment of Non-horizontal Mergers, en consideración, http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/non_horizontal_consultation.html.

⁷⁵ Es pertinente mencionar que, sin embargo, sí se hace referencia a estas conductas de manera diferenciada en documentos que la Comisión emite para referencia, *op. cit.*, nota 25, p. 32.

y vertical. La relevancia de esto radica en que cada una de estas conductas conlleva consecuencias muy distintas. Un ejemplo muy claro de esto es la adquisición, por parte de un productor de manufacturas, del proveedor de materia prima, quien también suministra a sus competidores. El hecho de que uno de los competidores se convierta también en proveedor puede significar que los otros participantes en el mercado sufran de carencias de materia prima o que la tengan que adquirir a un costo mayor. Si a lo anterior se agrega un porcentaje importante de dominancia en el mercado por parte del ente económico adquirente, el resultado es que el mercado puede ser severamente distorsionado. Otra cuestión que puede surgir es el acceso a información privilegiada de los competidores. Por lo tanto, tratar de hacer pasar todas estas conductas con consecuencias tan variables, por el mismo marco legal puede ser más complicado, tanto como para las empresas como para las autoridades.

VI. PROCEDIMIENTOS ANTE TRIBUNALES

La relación entre las autoridades de la competencia y el Poder Judicial, aunque guardan ciertas características comunes, no es posible afirmar que se da de manera uniforme en los distintos países que manejan una política de competencia. Se pueden distinguir claramente dos tendencias en la mayor parte de las naciones, una donde el sistema es adversarial, en el sentido de que cada paso que dan las autoridades de competencia se encuentran con el contrapeso del Poder Judicial, y por otra parte están aquellas donde el poder de decisión de las autoridades de la CFC es absoluto, hasta completar su procedimiento con una resolución. Es decir, la instancia judicial aparece hasta después de haberse completado el procedimiento ante la autoridad de competencia. Se puede decir que cada una de estas tendencias obedece claramente a la realidad social, así como a las políticas que se desean implementar en cada jurisdicción. Así, en una nación que tenga una visión mayormente favorable al mercado tienen una comisión sujeta a más candados a través del Poder Judicial. En cambio, naciones con mayor desigualdad en la distribución de la riqueza, y una visión preponderante a favor de la justicia social, se encuentra generalmente con una autoridad de la competencia que tiene una

menor o nula intervención del Poder Judicial durante la formulación de un procedimiento. México pertenece a esta segunda tendencia, y las recientes decisiones de la Corte parecen confirmarlo. En la acción de inconstitucionalidad 33-2006, la Corte estableció que el hecho de que la CFC tuviera que solicitar autorización judicial para realizar vistas domiciliarias,⁷⁶ era violatorio del artículo 16, párrafo onceavo constitucional.⁷⁷ El razonamiento de la Corte fue que, una visita domiciliaria, aunque debe apegarse a las formalidades de los cateos,⁷⁸ esto no quiere decir que también requieran autorización judicial, ya que la Constitución le ha otorgado a la autoridad administrativa la facultad de comprobación del cumplimiento de las disposiciones administrativas. En consecuencia, una ley jerárquicamente inferior no puede condicionar la facultad constitucional de la autoridad administrativa. Por otra parte, al atribuirle a la autoridad judicial una facultad distinta de la que se le ha otorgado en la Constitución y propiciar la intromisión entre poderes, se priva de agilidad administrativa a los actos de comprobación de la CFC. Una sola cuestión es importante reflexionar al respecto. La Corte debió considerar más a fondo la naturaleza inquisitorial de la CFC,⁷⁹ en el sentido de que, si se analizan sus objetivos, la CFC va a realizar visitas domiciliarias con el objetivo de encontrar posibles conductas anticompetitivas, derivadas de una investigación. Estas visitas no pueden ser consideradas de naturaleza puramente administrativa, ya que van a ser generadas por un investigación derivada de una denuncia, o del actuar de oficio de la autoridad. No pasa inadvertido el hecho de que la CFC debe sujetarse a las reglas establecidas en los artículos 24, fracción II, y 31. Sin embargo, la CFC probablemente tenga total autonomía para de-

⁷⁶ LFCE, artículo 24, fracción II.

⁷⁷ Que a la letra dice: “La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescriptas para los cateos”.

⁷⁸ Estos sí requieren, salvo algunas excepciones de carácter extraordinario establecidas por la suprema Corte, autorización judicial.

⁷⁹ Esta fue analizada, pero sólo con relación a la facultad de objeción del Senado al nombramiento de los miembros de la CFC; véase versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del jueves 10 de mayo de 2007, www.scjn.gob.mx.

cidir el momento de la realización de la visita⁸⁰ y la información a solicitar.⁸¹

En Estados Unidos, la autoridad de la competencia divide sus investigaciones en civiles y criminales, para las cuales utiliza desde órdenes de cateo,⁸² las cuales son frecuentemente utilizadas,⁸³ e intervención de líneas telefónicas.⁸⁴ Sin embargo, para implementar estas acciones en un caso concreto, se debe solicitar autorización al Poder Judicial. En este sentido, el sistema de los Estados Unidos tiene un carácter preponderantemente adversarial. Esto se refleja también en el hecho de que la carga de la prueba es sobre el demandante, es decir, el acusado de incurrir en prácticas monopólicas no está obligado a probar la racionalidad de su acuerdo.⁸⁵

En contraposición, en el marco normativo europeo, la Comisión Europea de la Competencia tiene amplios poderes de inspección,⁸⁶ con la limitante de que debe hacerse mediante decisión de la Comisión.⁸⁷ Esta indicará el objeto, la finalidad de la inspección y la fecha en que dará comienzo. Por otra parte, la Comisión sólo debe advertir a la autoridad nacional de competencia de la inspección que va a realizar.⁸⁸ Y en caso de requerir asistencia de la fuerza pública local, si la legislación nacional requiere autorización judicial para ello, entonces la Comisión deberá cumplir con este requerimiento.⁸⁹ En consecuencia, las leyes de la competencia mexicana, y el criterio de la Corte, siguen la tendencia establecida en la Comunidad Europea, esto probablemente debido a que el entorno económico que enfrentan ambas autoridades de la competencia, guarda una situación en

⁸⁰ Artículo 31, fracción II, LFCE.

⁸¹ Artículo 31, fracción III, LFCE.

⁸² El procedimiento se detalla en el manual de la división de antitrust, <http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch3.htm>.

⁸³ Bingaman, Anne K., "The Clinton administration: trends in criminal antitrust enforcement", <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/0471.htm>.

⁸⁴ 18 U. S. C. § 2516(1) (r), desde marzo de 2006.

⁸⁵ United States Attorney's Manual, Section 7, Antitrust, http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title7/ant00007.htm.

⁸⁶ Reglamento 1/2003, artículo 20 (1) y (2).

⁸⁷ *Ibidem*, artículo 20 (4).

⁸⁸ *Ibidem*, artículo 20 (5).

⁸⁹ *Ibidem*, artículo 20 (7).

común, que es la gran diversidad cultural y económica entre sus distintas regiones.

Por otra parte, en la misma acción, la Corte estableció inconstitucional el hecho de que la ejecución de las resoluciones de la CFC quedasen a cargo del Poder Judicial,⁹⁰ debido a que estas no constituyen penas, sino sanciones administrativas, las cuales la autoridad administrativa está facultado para imponer y ejecutar, de acuerdo a los artículos 16, primer párrafo, y 49 constitucionales. Esto le otorga mayor dinamismo y autonomía a la CFC. A diferencia de lo que sucede con las visitas domiciliarias, en la cuestión de la ejecución de las sanciones, esta va a ser el resultado de un procedimiento confirmado ante las instancias judiciales, y el tener que solicitar a la autoridad judicial la ejecución de sus resoluciones, además de inconstitucional, priva de eficacia al actuar de la CFC.

Al respecto, es importante hacer notar que si bien ninguna tendencia es mejor que la otra, si se pueden apreciar ventajas de las acciones de las autoridades de la competencia en cada uno de los ambientes. Por ejemplo, en un ambiente predominantemente adversarial, en cada procedimiento se tiene la conciencia de que va a ser examinado por autoridades judiciales, por lo tanto, los casos son armados de manera muy sólida, pues la autoridad debe de probar los motivos de su acción ante una Corte antes de implementar una sanción.⁹¹ Sin embargo, esto no quiere decir que las actuaciones de las autoridades vayan a ser invariablemente aceptadas por los tribunales, como ocurre en repetidas ocasiones.⁹² Por otro lado, en un sistema predominantemente administrativo, la ventaja es que puede tener mayor acercamiento con los actores económicos y brindar mayor asesoría para asegurar el cumplimiento de las normas de la competencia.⁹³

Otro aspecto que merece ser comentado con respecto a la relación de la autoridad de la competencia en México con el Poder Judicial, es la reciente tesis aislada que viene a modificar el procedimiento de

⁹⁰ LFCE, artículo 37.

⁹¹ Baker, Jonathan B., "My summer vacation at the European Commission", *Anti-trust Source*, September 2005, <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/05/09/Sep05-Baker9=27.pdf>, p. 4.

⁹² Abbot, Alden F., *op. cit.*, nota 73, p. 16.

⁹³ Baker, Jonathan B., *op. cit.*, nota 91, p. 4.

litigio de las decisiones de la autoridad de la competencia. Actualmente, la ley establece que una vez que la Comisión ha emitido una resolución que pone fin al procedimiento,⁹⁴ esta es recurrible ante la misma autoridad emisora mediante el recurso de reconsideración.⁹⁵ Una vez agotada esta instancia, lo procedente es acudir ante el juicio de amparo indirecto.⁹⁶ Sin embargo, el cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del primer circuito emitió una tesis, en el sentido de que la instancia correcta es acudir ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, TFF en adelante,⁹⁷ en lugar del amparo indirecto. El razonamiento del tribunal es que, la fracción XXIX-H del artículo 73 constitucional, que establece las facultades del Congreso,⁹⁸ otorga plenas facultades a los tribunales de lo contencioso administrativo para conocer de todas las controversias entre los particulares y la administración pública federal, además de no haber ninguna limitante en la Constitución. Esto es confirmado, aunque no de manera muy convincente,⁹⁹ en la ley orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en la fracción XV del artículo 11. Por lo tanto, un Tribunal con amplias facultades para conocer de las diferencias entre un particular y la administración pública federal

⁹⁴ Aclarado por jurisprudencia: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE INVESTIGACIÓN Y AUDIENCIA DE CARÁCTER COMPLEJO CONCLUYE CON LA DECISIÓN AL RECURSO, POR LO QUE EL JUICIO DE AMPARO ES IMPROCEDENTE CONTRA LAS RESOLUCIONES INTERMEDIAS DICTADAS POR LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. Tesis I.4o.A.577 A, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, t. XXV, mayo de 2007, p. 2039.

⁹⁵ LFCE, artículo 39.

⁹⁶ Esto, al no existir otra instancia dentro de la LFCE.

⁹⁷ TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. TIENE FACULTADES PARA ANALIZAR LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 39 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. AMPARO EN REVISIÓN 84/2006, Tele Azteca, S. A. de C. V., Unanimidad de votos. Ponente Jesús Antonio Nazar Sevilla, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, t. XXIV, 24 de mayo de 2006, p. 1384.

⁹⁸ Que a la letra dice: “para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso-administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares”.

⁹⁹ Dicha fracción sólo refiere que conocerá de los juicios promovidos contra las resoluciones definitivas que señalen las demás leyes como competencia del Tribunal; al respecto cabe aclarar que no hay ninguna ley que señale como competencia del Tribunal las resoluciones definitivas emitidas por la Comisión.

tiene jurisdicción para conocer de las resoluciones definitivas de la CFC. Esta decisión del Tribunal Colegiado fue superada por contradicción de tesis mediante la Jurisprudencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de abril de 2008.¹⁰⁰ El razonamiento de la Corte es que, contrario al razonamiento anterior, ni la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo y ni la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa otorgan expresamente facultades al Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa para conocer de los recursos de reconsideración resueltos por la Comisión Federal de Competencia. Derivado de lo anterior, la perspectiva que prevaleció fue la de proveer a los gobernados con instituciones ágiles y de respuesta rápida permitiendo la fluidez de los procesos económicos.

VII. CONCLUSIONES

Es importante recalcar que el análisis económico mediante el cual se estudie una práctica monopólica relativa no debe partir de una perspectiva de ideales de justicia, sino que se tiene que basar en los datos duros emanados de la actividad comercial y los participantes del mercado. México debe aprender de las lecciones que aporta la experiencia en otros países y adaptarla a su realidad social. Al respecto, debe establecer políticas claras sobre que tanto peso se le debe dar a los argumentos de los competidores rivales que presentan una denuncia, así como de los efectos favorables a la competencia derivados de las conductas de los actores económicos. Además, debe poner especial atención en sí el mercado relevante, en las condiciones en que se encuentra, está efectivamente promoviendo el bienestar social, el cual es su principal objetivo. También es importante definir el al-

¹⁰⁰ RECONSIDERACIÓN. LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL RECURSO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 39 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, NO ES IMPUGNABLE ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. Contradicción de tesis 248/2007-SS. Entre las sustentadas por los tribunales colegiados Tercero, Cuarto y Décimo Primero, todos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 20 de febrero de 2008. Cinco votos. Ponente Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria Alma Delia Aguilar Chávez Nava. Tesis de jurisprudencia 30/2008. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del 27 de febrero de 2008.

cance legal de las resoluciones que emite la CFC, cuando tienen la finalidad de dar a conocer ciertos criterios, como el análisis económico. Asimismo, es necesaria la emisión de lineamientos generales obligatorios para la CFC que clarifiquen cómo se determina el mercado relevante, y demás conceptos. En Estados Unidos y Europa, las decisiones dictadas por las autoridades y los tribunales resultan de gran utilidad para delinear y aclarar los principios generales que emanan de las leyes. En México no se cuenta con esa instancia, y aún no existe lo que podría considerarse una jurisprudencia sobre competencia, ya que la Corte se ha limitado a decidir sobre cuestiones procedimentales fundamentalmente y sobre la constitucionalidad de las atribuciones de la CFC. Al respecto, el Poder Judicial ha confirmado a la competencia como un órgano totalmente independiente, además de declarar improcedente una instancia previa al juicio de amparo, lo cual beneficia a los actores económicos, al requerirles menor inversión de recursos y tiempo para dirimir una controversia con la CFC.

La CFC está avanzando de manera desfasada en su evolución. Esto, debido a que ha adquirido facultades de autonomía e independencia que le permiten realizar su labor con mayor eficiencia, sin contar con los lineamientos a través de los cuales los sectores productivos puedan saber cómo va a ejercer estas facultades. El reto es muy grande, pues además están las barreras culturales y políticas que la CFC debe enfrentar. Sin embargo, si se mantienen en el rumbo que han seguido, donde ha prevalecido la objetividad y la transparencia en las resoluciones, puede lograrse el objetivo de un ambiente de sana competencia en México.