

El objetivo del Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC) a través de la Red Mexicana de Competencia y Regulación es presentar ideas en el debate público, plantear opciones viables para sentar reglas claras que fomenten la libre competencia. Las opiniones reflejadas en este documento representan a los respectivos autores y no necesariamente las de CIDAC, ni las de otras personas que colaboran con la Red Mexicana de Competencia y Regulación.

La Reforma de Poder Sustancial de Mercado “Conjunto” en México

Víctor Pavón-Villamayor*

Septiembre 2010

RESUMEN

Las recientes reformas planteadas para la LFCE contienen una reforma legislativa que, a diferencia del resto de las modificaciones, incide directamente sobre el marco conceptual sobre el que subyace el ejercicio de la política de competencia en México. Este cambio normativo plantea la instrumentación del concepto de Poder Sustancial de Mercado Conjunto (PSC) para abordar temas clave de la política de competencia como las prácticas de exclusión o los denominados “coordinated effects” de las concentraciones. Este documento tiene por objeto contribuir a un mejor entendimiento del concepto de PSC en México y sugerir un conjunto de directrices generales que pudieran servir para robustecer, en caso de aprobación, su uso. En particular, se propone que la CFC utilice para identificar la existencia y el abuso de PSC un método de evaluación en dos etapas. La primera consiste en la instrumentación de un “Structural Assessment” que tenga por objeto sopesar los elementos económicos que permitan concluir la inexistencia de condiciones estructurales para la generación de PSC. La segunda etapa consiste en el despliegue de un “Harm Assessment” que permita identificar con claridad la magnitud del daño asociado a un abuso de PSC. Se concluye que, en la medida que no exista un marco de evaluación claro y económicamente robusto en materia de PSC en nuestro país, los agentes económicos estarán siendo sometidos a un grado importante de riesgos regulatorios e incertidumbre, con sus consecuentes costos en términos de eficiencia económica y bienestar social.

* Víctor Pavón-Villamayor es doctor en economía (Oxford). Ha sido profesor de economía en la Universidad de Oxford (2003-2006) y en la Universidad Metropolitana de Londres (2004-2006). Se ha desempeñado como consultor económico en temas de competencia y regulación para organismos internacionales como la OCDE y USAID. En el ámbito privado internacional, formó parte de la División de Competencia Económica de LECG Europa (Bruselas). En la actualidad, es consultor económico en temas de competencia y regulación en México, profesor de ‘Regulación Económica’ en el ITAM e investigador asociado en la *London Metropolitan Business School* del Reino Unido. Email: victor.pavon-villamayor@alumni-oxford.com

I. INTRODUCCIÓN

En abril de 2010, la Cámara de Diputados aprobó un conjunto de reformas a la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) con base en la iniciativa presidencial enviada a ese cuerpo legislativo unas semanas antes. La gama de temas contenidos en la reforma aprobada resulta relativamente amplia y comprende cambios específicos a la legislación que inciden en temas tan diversos como la transparencia del proceso decisorio de la Comisión Federal de Competencia (CFC), la simplificación de procedimientos administrativos, el mejoramiento de la calidad operativa y, naturalmente, el fortalecimiento del poder sancionador. El paquete de cambios legislativos contiene una reforma normativa que, a diferencia del resto de las modificaciones, incide directamente sobre el marco conceptual sobre el que subyace el ejercicio de la política de competencia en México. Este cambio normativo plantea la utilización del concepto de **Poder Sustancial de Mercado Conjunto (PSC)** para abordar temas clave de la política de competencia como las prácticas de exclusión o los denominados “*coordinated effects*” de las concentraciones. La reforma de PSC en México posee importantes implicaciones para el régimen de competencia mexicano y su incorporación al marco normativo requiere de un análisis profundo ya que, en el ámbito internacional, no existe un consenso claro sobre la mejor manera para entender —y aplicar— este importante concepto en un régimen de competencia. El presente trabajo tiene entonces por objeto contribuir a un mejor entendimiento del concepto de PSC en México; discutir algunas de sus implicaciones para la evaluación de concentraciones y prácticas monopólicas relativas y, finalmente, sugerir un conjunto de elementos y directrices generales que pudieran servir para robustecer, en caso de aprobación, la evaluación de PSC en el régimen de competencia mexicano.

II. ¿QUE ES EL PODER SUSTANCIAL CONJUNTO?

El concepto de PSC se ubica en la intersección de dos áreas clave de la política de competencia: el abuso de dominancia y las prácticas colusivas. En una primera aproximación, el PSC se puede definir como la “capacidad conjunta” que posee un grupo de agentes económicos para instrumentar prácticas comerciales anticompetitivas —incrementar precios o desplazar a competidores, por ejemplo. En estricto sentido, el hecho de que un conjunto de agentes económicos posea PSC no implica una violación *per se* a las leyes de competencia, como sí lo es el **abuso de la dominancia que el PSC confiere**. El abuso de PSC se puede describir entonces como aquel escenario en el que un conjunto de agentes económicos instrumentan, sin coordinación explícita de por medio y como resultado natural de su interacción en el mercado, un conjunto de prácticas comerciales que dañan el proceso de competencia y libre concurrencia en un mercado.

Por ejemplo, un conjunto de empresas se podrían coludir *tácitamente* para adoptar estrategias que excluyan la entrada de empresas rivales, lo que les permitiría establecer márgenes muy por arriba del nivel competitivo y, de paso, perpetuar su dominancia en el mercado. Es importante mencionar que el elemento de ausencia de coordinación explícita entre agentes económicos es fundamental para la correcta caracterización de PSC, ya que la coordinación explícita para instrumentar prácticas que atentan contra el *status quo competitivo* calificaría propiamente como una violación bajo el rubro de colusión —tipificada en la LFCE mexicana como una práctica monopólica absoluta.

Las estrategias comerciales que pueden estar asociadas a un abuso de PSC son de distinta índole y pueden involucrar prácticas como la exclusión de competidores, la inducción de incrementos en los costos de empresas rivales, la depredación de precios o la instrumentación de prácticas comerciales que tengan por objeto “disciplinar” al mercado. A este conjunto de estrategias anticompetitivas se le puede adicionar también un conjunto de “*prácticas facilitadoras*”: prácticas que no representan por sí mismas una violación a las leyes de competencia pero que, al adoptarse conjuntamente, podrían *facilitar* el abuso de una posición dominante.¹ Las prácticas facilitadoras cubren también una amplia gama de estrategias, como se ilustra con los siguientes dos casos.

1. **“Pricing Focal Points”**. El establecimiento de “puntos de referencia” para determinar niveles de precios puede incidir efectivamente sobre las condiciones de competencia en un mercado sin que los agentes económicos incurran en una violación evidente de la ley.²
2. **Cláusulas Contractuales de Igualación de Precios**. Este tipo de cláusulas garantizan al adquirente de un bien o servicio pagar el precio más bajo en el mercado durante un período determinado de tiempo. Con este fin, el contrato se compromete a rembolsar al adquirente el diferencial de precios existente entre el precio efectivamente pagado y el precio ofrecido por la competencia. Es ampliamente conocido que este tipo de cláusulas ‘suavizan’ la intensidad de la competencia en el mercado ya que facilitan el monitoreo de empresas rivales y generan incentivos en el mercado para no bajar los precios.

Desafortunadamente, en el terreno de la evaluación de los efectos competitivos que derivan del abuso de PSC y de la instrumentación de prácticas facilitadoras no existe un consenso claro sobre los impactos reales de estas prácticas, por lo que su tratamiento difiere a través de distintas jurisdicciones.

¹ Buccirossi, P. (2008) “*Facilitating Practices*” en: Handbook of Antitrust Economics, P. Buccirossi (ed.), MIT Press: Cambridge, MA.

² Recientemente, por ejemplo, las autoridades de competencia de Pakistán realizaron un “*dawn raid*” en las oficinas de la Asociación Avícola Pakistani bajo los cargos de que la publicación diaria en su *website* de los precios de sus distintos agremiados había funcionado como un punto de coordinación implícita, generando así daños a la competencia en la industria.

Penalización de Prácticas Comerciales Anticompetitivas

	Prácticas Facilitadoras	Prácticas Simétricas Implícitas (PSC)
Estados Unidos	No	No
Europa	Sí	Posiblemente
Canadá	No	Sí

Fuente: Iacobucci & Winter (2009)

En el caso de Canadá, la legislación de competencia permite construir un caso por abuso de PSC cuando éste pueda sustentarse en la existencia de prácticas comerciales dañinas, como en el caso de actos de exclusión o de depredación de precios.³ En julio de 2009, por ejemplo, las autoridades de competencia canadienses sancionaron un caso que involucraba el abuso de PSC por dos empresas que operaban en la industria de remoción de desperdicios.⁴ En particular, las autoridades de competencia canadienses encontraron que estas empresas habían incurrido en un abuso de PSC al instrumentar una serie de contratos de largo plazo que contenían cláusulas que excluían a sus competidores y que establecían mecanismos de “lock in” para sus consumidores. El aspecto más relevante de este caso fue el hecho de que ninguna de las empresas involucradas poseía poder sustancial de forma individual —aunque conjuntamente controlaban el 80% del mercado relevante— y de que no existía evidencia de que las empresas se hubieran coordinado en modo alguno para instrumentar este tipo de cláusulas.⁵ Sin embargo, la adopción de prácticas facilitadoras *per se* en Canadá no representan una violación de las leyes de competencia en esa jurisdicción.

En los Estados Unidos, en contraste, la figura de abuso de PSC no existe ya que algún tipo de coordinación explícita entre agentes económicos es necesaria para sustentar una violación de las leyes de competencia. En línea natural con esta misma concepción, la instrumentación de prácticas facilitadoras en los Estados Unidos no es penalizada *per se*, aunque éstas pueden representar un factor agravante de una violación en presencia de algún tipo de coordinación explícita.⁶ En el caso de la Unión Europea, la figura de abuso de PSC está plenamente tipificada y el uso de prácticas facilitadoras *per se* puede ser igualmente penalizado bajo la figura de “prácticas concertadas”.⁷

Estas diferencias en el trato y evaluación competitiva de estas dos categorías de prácticas reflejan el escaso consenso existente en el ámbito internacional sobre la mejor manera de analizar —y sancionar, en su caso— este complejo tipo de prácticas. La eventual reforma de PSC en México debe, en consecuencia, estar plenamente consciente de estas marcadas diferencias.

³ Competition Bureau (2009) “Updated Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions”, Canadá.

⁴ Waste Services Incorporated y Waste Management of Canada Corporation.

⁵ Banicevic, A., Katz, M. (2009) “Collective Dominance in Canada: A New Direction”, The Antitrust Chronicle, Noviembre 2009 (2).

⁶ Iacobucci, E., Winter, R. (2009) “The Abuse of Joint Dominance”, Working Paper.

⁷ La doctrina europea que ha conducido a la tipificación del abuso de PSC ha enfrentado importantes problemas conceptuales y de implementación a lo largo de su desarrollo. Sin embargo, el paso más significativo hacia la construcción de un concepto más sólido de abuso de PSC ocurrió en 2002, cuando la entonces Corte de Primera Instancia —ahora Corte General— identificó en su resolución sobre el caso *Airtours vs. European-Commission* tres condiciones necesarias para establecer la existencia de PSC.

III. PODER SUSTANCIAL CONJUNTO EN MÉXICO: LA REFORMA

En la actualidad, la LFCE define el concepto de poder sustancial de mercado en su artículo 13. En dicho artículo, se establece con claridad que para determinar si un agente económico goza de **poder sustancial** en el mercado relevante deberán considerarse los siguientes elementos: su participación de mercado; su poder para incrementar unilateralmente los precios o restringir el abasto sin que sus competidores puedan, actual o potencialmente, ejercer un contrapeso; la presencia de barreras de entrada —y de todos aquellos elementos que pudieran incidir sobre su variación o sobre la capacidad de los competidores para ampliar su oferta en la industria; el peso específico en el mercado de otros competidores; el acceso de los distintos agentes económicos de la industria a fuentes de insumos y el comportamiento reciente del agente económico que, se presume, posee poder sustancial. En consecuencia, el poder sustancial de mercado se define en la actual ley como la capacidad de un único agente económico para emprender acciones unilaterales que atenten contra el proceso de competencia y la libre concurrencia en un mercado en particular.

Desde esta perspectiva, la reforma aprobada por la Cámara de Diputados en materia de PSC no es más que una extensión conceptual de la noción de poder sustancial contenida en el artículo 13 a contextos que involucran dos o más agentes económicos. En particular, la reforma aprobada por la Cámara de Diputados reformula el artículo 13 —y adiciona el artículo 13bis— a fin de establecer explícitamente en la LFCE que:

- a. Uno o más agentes económicos son susceptibles de poseer poder sustancial en un mercado particular;
- b. Los distintos elementos que permiten identificar la existencia de poder sustancial de mercado unilateral forman la base, pero no la totalidad, de los elementos a considerar para determinar la existencia de poder sustancial conjunto;
- c. La identificación de PSC requiere que: *“...exista una disminución, daño o impedimento, actual o potencial, al proceso de competencia y libre concurrencia”* ⁸

³⁸ Artículo 13.bis del “Proyecto de Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica, del Código Penal Federal, del Código Fiscal de la Federación, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa”, Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados el 29 Abril de 2010 y turnado a la Cámara de Senadores para su aprobación, México.

La reforma aprobada merece las siguientes observaciones. En lo concerniente al primer punto, es preciso reconocer que la reforma representa un avance conceptualmente importante: el reconocimiento explícito de que la interacción competitiva (implícita) en mercados con dos o más agentes —no necesariamente mercados oligopólicos— puede generar escenarios económicos *equivalentes* a los que derivan de la actuación de una única empresa con poder sustancial de mercado. Esto es, el poder sustancial en un mercado no es una característica exclusiva de mercados monopólicos u oligopólicos, sino que éste puede estar presente en estructuras de mercado típicamente caracterizadas como más competitivas. El segundo punto de la reforma simplemente establece que la caracterización de PSC en un mercado requiere de un estándar de evaluación más alto (y probablemente más sofisticado) que el asociado a la identificación de poder sustancial unilateral. Finalmente, el tercer aspecto de la reforma abunda en un tema crucial: el requerimiento de que para la identificación de PSC se requiere la demostración de que éste efectivamente genere un daño competitivo. La importancia de este último aspecto no puede subestimarse y representa, sin duda, la pieza clave en el proceso de construcción de un concepto robusto de PSC en México.

IV. IMPLICACIONES DE LA REFORMA DE PSC

La reforma en materia de PSC tiene implicaciones importantes sobre distintas áreas de la política de competencia en México, ya que incide directamente sobre los temas de concentraciones, prácticas monopólicas relativas, licitaciones y declaratorias de dominancia.⁹ A continuación, se discute el impacto de la reforma en el ámbito de las concentraciones y las prácticas relativas exclusivamente, dejando para un trabajo posterior el análisis de los impactos sobre las dos áreas restantes.

Concentraciones

En la actualidad, la LFCE otorga facultades a la CFC para bloquear una concentración que pudiera dañar, disminuir o impedir la competencia y la libre concurrencia en un mercado, según lo establece el artículo 16 de esa ley. En particular, el artículo 17 de la LFCE especifica el conjunto de condiciones que pueden detonar el bloqueo de una concentración por la autoridad, a saber:

⁹ Agradezco al Dr. Álvaro Sánchez (*Valdés Abascal & Brito Anderson, S. C.*) llamar mi atención sobre el impacto de la reforma de PSC sobre los temas de licitaciones y declaratorias de dominancia.

- ✓ La adquisición de poder (de las partes concentradas) para fijar de manera unilateral los precios en el mercado (o restringir el abasto) sin que sus competidores puedan contrarrestar este comportamiento unilateral;
- ✓ La adquisición de poder (de las partes concentradas) para desplazar a otros competidores o para impedirles el acceso al mercado relevante y,
- ✓ La mayor facilidad (de las partes concentradas) para ejercer prácticas monopólicas.

Esto es, la LFCE otorga facultades a la CFC para bloquear concentraciones en las que las partes concentradas puedan **adquirir, ex post, poder sustancial** en el mercado relevante.¹⁰

Un poco más adelante, la ley indica explícitamente que para evaluar los efectos competitivos de una concentración se deberán considerar, entre otros factores:

*“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”.*¹¹

Este último aspecto es particularmente importante, ya que establece explícitamente que una concentración puede ser impugnada en función de sus **efectos sobre las empresas** que compiten en el mismo mercado o mercados relacionados. ¿A qué efectos en específico se refiere este apartado de la LFCE? La ley no es explícita en este tema pero, en general, los efectos de una concentración sobre las empresas que participan en un mismo mercado —o mercado relacionado— pueden ser de tipo **cooperativo** o **no cooperativo**:

Efectos No Cooperativos. Se trata de efectos que, al conservar o **profundizar la asimetría estructural** entre agentes económicos, reducen los incentivos para su cooperación estratégica. Por ejemplo, una concentración entre dos empresas que individualmente no son dominantes, podría generar una empresa con poder sustancial de mercado, en cuyo caso los incentivos *ex post* para la cooperación entre la empresa concentrada y sus competidores podrían ser muy bajos. La razón es que los beneficios de un abuso potencial en el mercado podrían ser materializados (y capitalizados) en su totalidad por la empresa concentrada sin necesidad de cooperar con el resto de la industria. En este caso, la concentración *amplía* la asimetría estructural entre la empresa concentrada y sus competidores, por lo que se generan fuertes incentivos para la no cooperación.

¹⁰ Sánchez G., Álvaro (2007) “Poder Sustancial de Mercado y Competencia Efectiva”, Documento de Trabajo, Valdés Abascal & Brito Anderson, S. C. (Octubre 2007).

¹¹ LFCE (2006), Artículo 18, Fracción III, México.

Efectos Cooperativos. Se trata de efectos que, al *reducir las asimetrías estructurales* entre los distintos participantes en un mercado, alinean sus incentivos para la cooperación estratégica. Por ejemplo, considérese una industria donde el 40% de la oferta es controlada por un sólo agente, otros dos agentes controlan el 40% (20% cada uno) y el 20% de la oferta restante se divide entre un número indefinido de pequeñas empresas. En este caso, una concentración entre las dos empresas con 20% de mercado *podría* generar incentivos para que la empresa concentrada y la otrora empresa líder se empiecen a coordinar (implícitamente) en el mercado. En este caso en particular, la concentración representa un instrumento que, al igualar el poder relativo de las principales empresas en el mercado, hace más rentable la cooperación implícita que el comportamiento unilateral.

Bajo esta óptica, el artículo 18, fracción III, de la LFCE se podría referir entonces, entre otros elementos, a la posibilidad de que **una concentración pudiera generar, ex post, efectos cooperativos** entre algún subconjunto de agentes económicos en el mercado. En consecuencia, la actual LFCE parecería otorgar atribuciones a la CFC para bloquear concentraciones que, al desencadenar el surgimiento de efectos cooperativos en la industria, podrían dañar la evolución de la competencia y la libre concurrencia en el mercado. En otras palabras, la CFC parece poseer en estos momentos atribuciones para bloquear una concentración que pudiese coadyuvar a la recreación de condiciones “óptimas” para el ejercicio de PSC en el mercado. Sin embargo, es preciso reconocer que esta es una interpretación de la ley y, toda vez que ésta no es explícita en esta atribución, sería conveniente reformarla a fin de explicitar esta facultad y sus posibles alcances. En el contexto de la reforma de PSC aprobada por la Cámara de Diputados, se sugiere entonces modificar el artículo 18 de la LFCE a fin de que éste señale explícitamente que, entre los elementos que habrá de considerar la CFC para impugnar una concentración, se encuentran los posibles **efectos de coordinación (implícita)** a los que la concentración pudiese dar lugar entre los distintos agentes económicos que participan en un mercado. Es de vital importancia que la ley (o para los mismos efectos, su reglamento) establezca con claridad que se entenderá por efectos de coordinación y bajo que circunstancias estos efectos podrán dar lugar a un bloqueo de la operación por las autoridades.¹²

¹² Si bien es cierto que estas especificidades técnicas podrían ser igualmente incorporadas en los lineamientos que para estos efectos emita la propia CFC, su incorporación en el reglamento de la ley podría “blindar” la reforma de cierto grado de litigiosidad en los tribunales.

La especificación de todos estos elementos técnicos no es un asunto menor, ya que la utilización del concepto de PSC sin una guía clara —y económicamente robusta— de aplicación, sometería a muchas concentraciones a altos **riesgos regulatorios**, lo que generaría importantes pérdidas de bienestar. Un ejemplo práctico de la pérdida de bienestar social que puede derivar de un empleo poco robusto (y discrecional) del concepto de PSC nos remite al contexto europeo unos años atrás, donde una de las mayores concentraciones sometidas al escrutinio de las autoridades en aquellos momentos, *EMI/Warner*, fue abandonada por las partes ante las objeciones que en materia de PSC la Comisión Europea hizo públicas. Lo relevante del caso es que las objeciones que había empleado la Comisión Europea para impugnar la concentración *EMI/Warner* no diferían sustancialmente de las objeciones que la misma Comisión Europea había interpuesto para el caso de la concentración *Airtours/First Choice*, una operación que posteriormente sería apelada con éxito en los tribunales europeos.¹³ Esto es, la utilización poco robusta del concepto de PSC en sus primeros años en Europa evitó que la concentración *EMI/Warner* se materializara a pesar de los efectos pro-competitivos de la operación. De hecho, la gran virtud del rechazo de la Corte de Primera Instancia (Europea) de la concepción inicial de la Comisión Europea en materia de PSC consistió precisamente en sentar bases más sólidas para la instrumentación del concepto de PSC en Europa al: (i) establecer condiciones necesarias para demostrar su existencia y, (ii) enfatizar que no es suficiente enumerar un conjunto de características del mercado que *podiesen* conducir al PSC, sino es que indispensable demostrar cómo estas condiciones inciden efectivamente en el **cambio de la estructura de incentivos** que modifican el comportamiento en el mercado.¹⁴

Prácticas Monopólicas Relativas

La segunda implicación importante de la reforma propuesta en materia de PSC se refiere al ámbito de las prácticas monopólicas relativas —definidas en el artículo 10 de la LFCE. En la actualidad, uno de los principales aspectos contenidos en la ley es el hecho de que sólo los agentes económicos con poder sustancial de mercado pueden ser imputados con una práctica monopólica relativa.¹⁵ Toda vez que la legislación actual asocia exclusivamente el poder sustancial a agentes individuales, se deriva entonces que un conjunto de agentes económicos no pueden estar en una de las posiciones de abuso tipificadas como prácticas relativas. La reforma propuesta abre entonces la posibilidad para que, a partir de la caracterización de la existencia de PSC, sea posible imputar a un conjunto de agentes económicos la realización de las prácticas monopólicas relativas tipificadas en la ley.

¹³ (European) Court of First Instance (2002) *Airtours plc vs. European Commission*, Case T-342/99.

¹⁴ Kuhn, K. U. (2002) “Closing Pandora’s Box? Joint Dominance after the *Airtours* Judgment” en M. Bergman (ed.), *The Pros and Cons of Merger Control*, Swedish Competition Authority: Stockholm.

¹⁵ Artículo 11 de la LFCE.

Si bien es cierto que la legislación actual no reconoce la figura de PSC, existe evidencia de que la CFC ha utilizado nociones (laxas) de este concepto en algunas de sus resoluciones.¹⁶ En el ámbito particular de la industria de las telecomunicaciones, por ejemplo, *Midicel* interpuso en 2003 una denuncia contra *Telmex*, *Unefon*, *Pegaso*, *Axtel* y *Telcel* por el presunto despliegue de una acción coordinada que tenía por objeto desplazarla de los mercados de telefonía fija y móvil.¹⁷ La denuncia fue finalmente declarada improcedente por la CFC, pero lo relevante de la resolución fue el uso (relativamente laxo) de la noción de dominancia conjunta. En dicha resolución, la CFC argumentó que:

*“De conformidad con el artículo 13 de la LFCE se analizó el **poder sustancial que de manera conjunta** tienen las empresas denunciadas, concluyéndose que las empresas *Telmex*, *Axtel*, *Pegaso* y *Unefon* controlan de manera conjunta más de 98% del total de líneas del servicio de telefonía local fija....Así, **de manera conjunta, las empresas denunciadas tendrían capacidad para restringir el abasto de servicios o fijar precios unilateralmente** en los mercados relevantes de telefonía local fija”.*¹⁸

*“Con base en el análisis de las fracciones del artículo 13 de la LFCE se concluyó que *Telmex*, *Axtel*, *Pegaso* y *Unefon* tienen una participación conjunta de casi 100% en todos los mercados de servicios de telefonía local fija. Además, *Telmex* está sujeta a regulación de tarifas y abasto de servicios debido precisamente a la capacidad que tendría esa empresa para fijar precios unilateralmente o reducir el abasto de servicios. Por ello, ***Telmex* y las otras empresas denunciadas** (*Axtel*, *Pegaso* y *Unefon*) **tendrían de manera conjunta una capacidad aún mayor a la que tiene individualmente *Telmex***.....Por lo anterior, se concluyó que las empresas denunciadas ***Telmex*, *Axtel*, *Pegaso* y *Unefon* tienen de manera conjunta poder sustancial en los mercados relevantes** de servicios de telefonía fija local ”.*¹⁹

En el ámbito que nos ocupa, es preciso destacar tres aspectos de esta resolución. En primer lugar, pareciera ser que la identificación de PSC otorga un papel fundamental a la participación de mercado agregada. Como ya ha sido señalado en otras partes, la participación de mercado agregada como variable fundamental para determinar la existencia de PSC representa una base extremadamente endeble de identificación.²⁰ En segunda instancia, la identificación de PSC con base en los elementos establecidos en el artículo 13 de la LFCE es *necesaria pero no suficiente* para generar un caso robusto por abuso de PSC. Como se mencionó en la sección III, los distintos elementos que permiten identificar la existencia de poder sustancial de mercado unilateral forman la base, pero no la totalidad, de los elementos a considerar para determinar la existencia de poder sustancial conjunto. Tercero, la resolución parecería sugerir que la identificación de PSC depende del hecho de que uno de los agentes involucrados (*Telmex*) ya posea por sí mismo poder sustancial en el mercado.

¹⁶ Sánchez, Álvaro, Brambilla, C. y Chávez, J. A. (2010) “El Concepto de Mercado Relacionado en la Ley Federal de Competencia Económica”, Documento de Trabajo, Valdés Abascal & Brito Anderson, S. C. (Mayo 2010).

¹⁷ CFC (2003) “Investigación de Prácticas Monopólicas Relativas en los Mercados de los Servicios de Telefonía Local Fija y de Servicios de Comunicación Móvil: *Miditel* / *Midicel* / Teléfonos de México / Operadora *Unefon* / *Pegaso* Comunicaciones y Sistemas / *Axtel* / Radiomóvil *Dipsa*”, Gaceta de Competencia Económica, Año 6, Num. 6 (Mayo-Agosto 2003). El énfasis en negrillas es agregado.

¹⁸ CFC (2003), p. 247

¹⁹ CFC (2003), p. 248.

²⁰ Pavón-Villamayor, V. (2010) “Competition Law Reform in Mexico: A Note on Joint Dominance” *CPI Antitrust Journal*, July 2010 (1).

Este último punto es interesante, porque el caso típico de PSC ocurre precisamente en condiciones distintas a las sugeridas por esta resolución. Esto es, se trata de escenarios en los que ninguna de las empresas involucradas posee poder sustancial por sí mismas, no obstante, poseen poder sustancial de manera colectiva. La pregunta que subyace a raíz de esta resolución es si la CFC pudo haber determinado la existencia de PSC en un contexto donde ninguna de las empresas involucradas hubiera observado dominancia individual.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La reforma aprobada recientemente por el Cámara de Diputados en materia de poder sustancial conjunto — misma que deberá de ser validada, o modificada, por el Senado de la República— tiene un objetivo claro: dotar a la CFC de un sustento legal para identificar cuando un conjunto de agentes económicos puede poseer de manera colectiva poder sustancial en el mercado. En particular, la Cámara de Diputados adicionó a la iniciativa presidencial el artículo 13bis con el objeto de esclarecer algunas de las condiciones necesarias para la identificación de PSC. La contribución de este artículo a la claridad y entendimiento práctico de este concepto es relativa, pero posee un mérito importante: señalar explícitamente que la disminución, daño o impedimento, actual o potencial, al proceso de competencia y libre concurrencia representa uno de los factores a considerar por las autoridades de competencia para la identificación de PSC.

En estricto sentido, el principal reto de la propuesta de reforma en materia de PSC en México no se encuentra propiamente en el ámbito de lo que se establecerá en la ley —aunque se requiere necesariamente que ésta haga alusión a esta noción conceptual— sino en el conjunto de legislaciones secundarias que le darán verdadera forma y contenido. En particular, será indispensable que el Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica se modifique para **explicitar claramente las condiciones económico-estructurales bajo las cuales será posible identificar el PSC y sus posibles abusos**. En el contexto de las concentraciones, es de vital importancia que se especifique con claridad qué se entiende por efectos de coordinación y bajo que circunstancias estos efectos podrán dar lugar a un bloqueo de una operación por las autoridades de competencia. En el ámbito de las prácticas monopólicas relativas, es preciso que el reglamento establezca con claridad si el concepto de PSC aplicará exclusivamente sobre agentes económicos que participan en el *mismo* mercado relevante o no. En la medida que no exista un marco de evaluación claro y económicamente robusto en materia de PSC en nuestro país, los agentes económicos estarán siendo sometidos a un grado importante de **riesgos regulatorios e incertidumbre**, con sus consecuentes costos en términos de eficiencia económica y bienestar social.

De manera complementaria, será necesario que la CFC emita una guía comprensiva o lineamientos específicos sobre cómo planea identificar el poder sustancial (unilateral o conjunto) en el régimen de competencia mexicano. En el caso particular del PSC, estos lineamientos deberán establecer con claridad:

1. Las posibles implicaciones que la identificación (y abuso) de PSC tiene sobre el régimen de evaluación de concentraciones y el análisis de las prácticas monopólicas relativas;
2. Las pruebas de evaluación (y la metodología) que la CFC utilizará para identificar la existencia y el abuso de PSC. En particular, se sugiere que la CFC utilice dos pruebas de evaluación sucesivas.²¹ En una primera etapa, se deberá instrumentar un **“Structural Assessment”** (SA) con el objeto de sopesar los elementos económicos que permitan concluir la **inexistencia de condiciones estructurales para la generación de PSC** —esta evaluación dependería del análisis de factores como la capacidad de monitoreo de empresas rivales, las barreras de entrada o las asimetrías en el control de activos y su incidencia sobre la conducta en el mercado. En caso que el SA favorezca la inexistencia de condiciones para el surgimiento de PSC, la segunda evaluación es innecesaria y el análisis concluye declarando la inexistencia de PSC en el mercado. En su defecto, se procede a instrumentar la segunda evaluación;
3. La segunda etapa de evaluación consistiría en la instrumentación de un **“Harm Assessment”** (HA) cuyo objetivo es sopesar los distintos elementos y factores que pudiesen conducir a la **identificación del daño, actual o potencial, de un abuso de PSC**. En particular, el HA deberá proveer los elementos suficientes para: (i) identificar claramente las prácticas comerciales sobre las que se ejerce el PSC; (ii) identificar con precisión el espectro de empresas que están incurriendo en este tipo de prácticas y, (iii) identificar la magnitud del daño asociado a estas prácticas. La instrumentación del HA deberá también de establecer niveles de magnitud del daño sujetos a una posible penalización.²²

La instrumentación del concepto de PSC en el régimen de competencia mexicano requiere no sólo de una buena noción conceptual, sino también de una visión amplia e inteligente que permita a esta reforma ser verdaderamente operativa, económicamente robusta y pro-competitiva. Los costos económicos de una reforma incompleta pueden ser muy altos y deben ser, a toda costa, evitados. No se puede pedir más, pero tampoco menos.

²¹ Un proceso de evaluación similar ha sido propuesto por K. U. Kühn.

²² Este aspecto es particularmente importante, ya que resulta poco eficiente trabajar en casos cuyo impacto sobre la competencia son mínimos e irrelevantes.