

## CAPÍTULO II DE LOS MONOPOLIOS Y LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS

### Prohibición de monopolios

ARTÍCULO 8o. . . . .	59
----------------------	----

### Prácticas monopólicas absolutas

ARTÍCULO 9o. . . . .	62
----------------------	----

### Prácticas monopólicas relativas

ARTÍCULO 10 . . . . .	68
-----------------------	----

### Condiciones previas al análisis de prácticas relativas

ARTÍCULO 11 . . . . .	77
-----------------------	----

### Mercado relevante

ARTÍCULO 12 . . . . .	79
-----------------------	----

### Poder sustancial

ARTÍCULO 13 . . . . .	87
-----------------------	----

### Barreras al comercio interestatal

ARTÍCULO 14 . . . . .	96
-----------------------	----

### Procedimiento y recurso en comercio interestatal

ARTÍCULO 15 . . . . .	99
-----------------------	----

## CAPÍTULO II

### DE LOS MONOPOLIOS Y LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS

#### *Prohibición de los monopolios*

**ARTÍCULO 8o.** Quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las prácticas que, en los términos de esta ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

#### COMENTARIO

Este artículo considera dos grandes hipótesis de prohibición. La primera hace referencia a una situación: los monopolios y estancos. La segunda refiere a una acción u omisión: las prácticas.

En relación con los *estancos*, Alfonso X, rey de Castilla y León, estableció el primero referente a la sal en el siglo XIV y obligó a los salineros a entregarla a los administradores del reino, quienes la guardaban en depósitos y la vendían directamente a los vasallos, pretendiendo evitar los abusos de los comerciantes.<sup>94</sup> De España, los estancos fueron exportados a Nueva España e incorporaban muchas actividades económicas. Entre dichas actividades se incluían algunos estancos relacionados con la minería, otros con los tintes para tela, peleas de gallos, naipes, sal, pimien-

<sup>94</sup> Sánchez, Fernando, *Los estancos en la Nueva España*, México, Comisión Federal de Competencia, 2000, p. 13.

ta, caldos, pulque, pólvora, nieve y tabaco. Algunos eran nacionales y otros abarcaban sólo ciertas regiones, otros eran administrados por la corona y algunos eran dados como regalo o privilegio del rey; todos tuvieron diferentes propósitos, desde maximizar la producción para beneficio de la corona hasta ser defensa de los desprotegidos contra los acaparadores.

El estanco por antonomasia en Nueva España fue el de azogue, ahora mercurio. Mediante este estanco la corona española pretendió aprovecharse de un desarrollo tecnológico originario de la Nueva España. Al ser el azogue insumo fundamental para la extracción argentífera, se pretendió maximizar la extracción de plata al conocer el monto exacto de producción y así poder exigir el cabal cumplimiento del quinto real. Sin embargo, la corona al buscar maximizar el precio del mercurio limitó su abasto y con ello la producción de plata en Nueva España a fines del siglo XVII y principios del XVIII. La baja en la producción argentífera provocó crisis de liquidez, menor recaudación de impuestos e influyó de alguna manera en los movimientos independentistas.<sup>95</sup> En 1842 desapareció el último estanco, el relativo a los naipes.

Cabe señalar que ni los monopolios, estancos, ni las prácticas están *per se* prohibidas en la LFCE, sino que se establece una calificación, prohibiendo sólo los que tengan como efecto dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

Los procedimientos tramitados ante la comisión pueden clasificarse en dos tipos dependiendo de si el efecto anticompetitivo debe demostrarse o no. El primer tipo refiere a procedimientos derivados de acciones u omisiones que el legislador ha considerado ilegales en sí mismas y por ello ha dispensado a la autoridad de realizar el estudio de su impacto en la competencia para demostrar su ilicitud. En dichos casos sólo se requiere demostrar la existencia de la práctica o la situación. El segundo tipo de procedi-

95 *Ibidem* p. 7.

mientos son aquéllos que se refieren a prácticas (acciones y omisiones) que no son ilegales en sí mismas, sino que requieren de un análisis de su efecto en la competencia y eficiencia económicas para determinar su ilegalidad.

Los procedimientos que no requieren de un análisis de competencia son: barreras al comercio interestatal y prácticas monopólicas absolutas. Los procedimientos que requieren un análisis sobre la competencia son: prácticas monopólicas relativas y concentraciones.

El artículo en comento no distingue entre distintos tipos de mercados de bienes o servicios que puedan quedar exentos de protección por la legislación monopólica. No obstante lo anterior, nuestras cortes han sostenido repetidamente que la protección antimonopólica debe tener lugar principalmente “cuando se trata de artículos de consumo necesario”;<sup>96</sup> al respecto es importante tener presente que la actividad monopólica es tan dañina en bienes de consumo necesario como no necesario y que puede tener lugar en cualquier mercado.

Este artículo pretendió no dejar fuera de protección a toda la cadena productiva y por lo tanto no se focaliza a la etapa de bienes de consumo final. Por otro lado, y a diferencia de otras legislaciones mexicanas anteriores y extranjeras contemporáneas,<sup>97</sup> la ilicitud prevista en la LFCE es administrativa, la práctica monopólica en México no constituye delito.

## CONCORDANCIA

- Artículos 5o., 6o., 7o., 8o. (prácticas monopólicas), 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 (concentraciones) y 50 (competencia efectiva en sectores regulados) del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.

96 DERECHOS DE AUTOR, CARÁCTER DE LA LEY FEDERAL DE Amparo en revisión 672/57, Sociedad Mexicana de Autores y Compositores, Sociedad Autoral, 9 de abril de 1958, mayoría de 3 votos, ponente: José Rivera P. C., sexta época, vol. XII, p. 103.

97 Véase comentario a los artículos transitorios.

## JURISPRUDENCIA

- DERECHOS DE AUTOR, CARÁCTER DE LA LEY FEDERAL DE. Amparo en revisión 672/57, Sociedad Mexicana de Autores y Compositores, Sociedad Autoral, 9 de abril de 1958, mayoría de 3 votos, ponente: José Rivera P. C., sexta época, vol. XII, p. 103.

## BIBLIOGRAFÍA

SÁNCHEZ, Fernando, *Los estancos en la Nueva España*, México, Comisión Federal de Competencia, 2000.

### *Prácticas monopólicas absolutas*

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

#### *Fijación de precios*

I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;

#### *Restricción de oferta*

II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

### *Segmentar mercado*

III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o

### *Coordinación de posturas*

IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

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

## COMENTARIO

La ley distingue entre prácticas monopólicas absolutas y relativas. Las prácticas monopólicas absolutas son también conocidas como *prácticas horizontales* ya que normalmente se dan entre agentes económicos que compiten entre sí a un mismo nivel en el mercado. Las relativas también son conocidas como prácticas verticales porque tienen que ver normalmente con la relación entre proveedores y distribuidores de un mismo producto o la integración en la cadena productiva.

Las *prácticas absolutas* son convenios entre competidores para: a) fijar precios, b) restringir la oferta, c) asignar segmentos de mercados o cotas de producción, o d) coordinar posturas en licitaciones. Estos cuatro supuestos pueden ser reducidos a dos: dividir el mercado o fijar precios, ya que esto último también puede hacerse restringiendo la oferta, o coordinando posturas.

Las prácticas monopólicas absolutas crean condiciones favorables para la participación en el mercado de las partes del convenio monopólico en perjuicio de los no participantes, sean estos últimos consumidores o productores. El convenio que crea la práctica monopólica absoluta elimina la competencia entre los agentes coludidos, lo cual según la teoría económica genera graves repercusiones sobre el bienestar de la economía al darse la posibilidad de imponer precios mayores a los que prevalecerían en una situación de competencia y similares a los de un monopolio, en el caso de vendedores; o precios menores y similares a los de un monopsonio, cuando el arreglo se da entre compradores.<sup>98</sup>

Los convenios entre competidores para dividir el mercado o fijar precios a que se refiere este artículo son nulos *iuris et de iure*. Es decir, no son reconocidos por nuestro sistema legal y por ende no producen efectos jurídicos entre las partes ni son oponibles a terceros. El agente económico que llevó a cabo tales convenios no puede ser obligado ante tribunales a cumplirlos. La parte afectada por el incumplimiento de dichos convenios carece de toda acción. Dichos convenios son tan ilegales como aquéllos celebrados entre mafiosos dentro de su organización criminal.

Aparte de la invalidez legal de los convenios que constituyen prácticas monopólicas absolutas, existe otra consecuencia para el agente económico responsable de dicha práctica, esto es una sanción. La responsabilidad legal puede ser entendida como la obligación de responder por un acto ilegal, la obligación de reparar o restituir de alguna forma el daño que se ha causado. Para la teoría de la competencia mexicana, el agente económico es responsable ante la sociedad del daño que ha causado al bienestar económico general, y el Estado (monopolio del uso de la fuerza) es el titular de la acción para hacerlo cumplir. Cabe señalar que la legislación mexicana no otorga una acción a un particular por el daño que le pudo haber generado una actividad monopólica, como sucede en otros países.

98 García Alba Iduñate, Pascual, *op. cit.*, nota 38, p. 102.

La responsabilidad legal derivada de la celebración de estos convenios puede ser clasificada en subjetiva u objetiva. Por un lado, es responsable el agente económico que celebra un convenio cuyo objeto sea dividir el mercado o fijar precios, con independencia de que el resultado de dicho convenio coincida con dicho objeto; en este supuesto se castiga la intención<sup>99</sup> de los agentes económicos al celebrar el convenio, y la responsabilidad es plenamente subjetiva.

Por otro lado, es responsable el agente económico que celebra un convenio cuyo efecto sea dividir el mercado o fijar precios, con independencia de que dicho convenio haya sido celebrado con tal intención. En este caso se castiga el resultado, obviamente bajo el supuesto de que el mismo pudo haber sido previsto aunque no querido, la responsabilidad es plenamente objetiva.<sup>100</sup>

Este tipo de acuerdos no involucran integración productiva, por lo que es muy difícil que conlleven algún tipo de ganancia en eficiencia o que tengan alguna justificación económica. Por ello, el legislador estableció la presunción de que siempre tendrían efectos adversos sobre la competencia y por ende sobre la eficiencia de la economía en general, independientemente del tamaño del mercado o de los agentes económicos involucrados, por lo que son ilegales *per se*, y son castigados con mayor severidad que las prácticas relativas. En este sentido las prácticas absolutas representan una conducta que se debe castigar pues se da entre competidores, sin que exista integración productiva o distributiva que permita inferir que existen ganancias en eficiencia. El carácter de la norma prevista es disuasivo.

En la legislación *antitrust* de los Estados Unidos existen lo que se ha denominado *violaciones per se*, las cuales refieren a aquellos acuerdos como la fijación de precios, que son consideradas inherentemente anticompetitivas y dañinas al público sin necesi-

99 Estado mental en el cual una persona busca llevar a cabo un determinado resultado con independencia de que lo logre.

100 La responsabilidad puede ser entendida como el estado de responder por una obligación, e incluye el juicio, técnica, habilidad, y capacidad.



dad de determinar si el acuerdo en verdad ha dañado la competencia en el mercado. Si una actividad es descarada en su intención y perniciosa en sus efectos, bajo la *doctrina per se* una corte no tiene que averiguar lo razonable de la misma antes de determinar que existe violación a las leyes *antitrust*.

Al enfrentar un caso de práctica monopólica absoluta, la comisión no realiza un análisis completo de competencia, sino sólo lo relacionado con la determinación de que existieron o existen los arreglos entre agentes económicos competidores entre sí. Determinar que se dieron convenios entre competidores puede o no ser difícil.

En ocasiones es fácil determinar la existencia de estos convenios porque inclusive las mismas autoridades favorecen e invitan a los competidores a negociar plazas exclusivas o determinar precios,<sup>101</sup> por lo que se tienen hasta documentos públicos que demuestran la existencia de tales prácticas. Sin embargo, puede haber ocasiones en que la determinación de que se dieron convenios entre competidores es muy difícil porque esto sucedió en forma secreta. Para efectos de la prueba, en materia penal los fiscales enfrentan un problema similar cuando se trata de demostrar la existencia de una organización criminal y como dijo el juez Giovanni Falcone sólo hay dos formas de saberlo de cierto: alguien que estuvo en el acuerdo nos lo dice o alguno de nosotros se infiltra al acuerdo.<sup>102</sup> Como la comisión no tiene facultades de cateo, infiltración, ni testigos protegidos, la existencia de convenios de prácticas absolutas se infiere de indicios.<sup>103</sup>

El análisis que realiza la comisión exige determinar si los agentes que llevaron a cabo el convenio tenían la calidad de competidores. La LFCE no define lo que es un competidor, término de la ciencia económica, pero para nuestros efectos podemos de-

101 Investigación de oficio, "Presunta segmentación del mercado de la masa y tortilla en la ciudad de Carrillo Puerto", expediente IO-41-96.

102 Falcone, Giovanni, *La lucha contra el crimen organizado*, México, PGR, 1996, p. 64.

103 Véase comentario al artículo 17 para una aclaración de indicio.



*forme de la Comisión de Competencia Económica*, México, CFC, 1996-II.

GIOVANNI, Falcone, *La lucha contra el crimen organizado*, México, PGR, 1996.

### *Prácticas monopólicas relativas*

**ARTÍCULO 10.** Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

#### *División vertical de mercados*

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

#### *Restricciones a la venta del producto final*

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

#### *Ventas atadas*

III. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adi-

cional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad;

#### *Contratos de exclusividad*

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

#### *Negación de trato*

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

#### *Boicot*

VI. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirle de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado; o

#### *Cualquier otro acto*

VII. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

## COMENTARIO

El supuesto de que una práctica monopólica absoluta siempre tiene efectos adversos en la competencia y en consecuencia en la eficiencia de la economía, no se impuso en el caso de *prácticas*

*monopólicas relativas*. En estas últimas, la determinación de la existencia de ciertos actos u omisiones es insuficiente para que la autoridad las declare ilegales; es necesario que dichos actos u omisiones hayan tenido un impacto negativo en la competencia y la eficiencia económica.

En los Estados Unidos existe lo que se ha denominado la *regla de la razón*, y sirve para determinar si ciertas prácticas han violado la *Sherman Anti-Trust Act* (15 U.S.C.A. 1), aunque la misma establece claramente que las conspiraciones para restringir el comercio son ilegales. La Suprema Corte de los Estados Unidos ha reconocido que la legalidad de un contrato o acuerdo no puede determinarse a través de una prueba tan simple como decir si limita la competencia, pues todo acuerdo sobre comercio la restringe. Así, desde 1991, en el caso *Estados Unidos vs. Standard Oil*<sup>104</sup> se dijo que la *Sherman Act* prohíbe sólo aquellas limitaciones al comercio que *irrazonablemente* limitan la competencia. La regla de la razón señala que deben sopesarse todas las circunstancias del caso para decidir si la práctica restringe irracionalmente la competencia; el método requiere que el demandante pruebe efectos anticompetitivos o daño actual a la competencia y no solamente si las prácticas fueron injustas o dieron origen a responsabilidad por *Tort*.<sup>105</sup> Para constituir un crimen bajo la *Sherman Act*, la conducta del acusado debe resultar en una restricción irrazonable al comercio interestatal. Corresponde al jurado determinar de la consideración de todos los hechos y circunstancias, incluyendo las condiciones económicas de la industria y el efecto en la competencia, si la conducta del acusado genera una restricción irrazonable sobre el comercio interestatal.

Para el caso de México, se ha dicho que la distinción tajante entre prácticas absolutas y relativas implica el riesgo de que la regla de la ilegalidad automática a las prácticas absolutas se aplique en casos que podrían resultar deseables ya que promueven la

104 221 U.S. 1, 58 (1991).

105 Aquella que surge de la violación a un deber impuesto generalmente por una ley y no por un contrato.

competencia económica. Lo anterior tiene alguna justificación si se considera la experiencia de países como Estados Unidos donde los tribunales se alejan cada día más de la regla *per se* y prefieren aplicar la regla de la razón y analizar cada caso por sus propios méritos.<sup>106</sup>

El artículo 10 que se comenta enumera seis supuestos de actos u omisiones, dicha enumeración es a manera de ejemplo mas no busca ser exhaustiva. De hecho, lo importante no es que se den esos actos, sino cualquier acto que genere un menoscabo a la eficiencia económica. La ejemplificación que hace el artículo en comentario es: división vertical de mercados (fracción I), restricciones a la venta del producto final (fracción II), ventas atadas (fracción III), contratos de exclusividad (fracción IV), negación de trato (fracción V), boicot (fracción VI), y cualquier otro acto (fracción VII).

La *división vertical de mercados* implica restringir el número de competidores en una situación dada. La división puede ser temporal, geográfica o por características de bienes o personas. A diferencia de la división horizontal de mercados, esta práctica no se deriva de un acuerdo o convenio entre competidores, sino que generalmente es convenida entre un proveedor mayorista y sus minoristas, o entre un gran minorista y varios proveedores. Un ejemplo de división geográfica de mercados lo constituye un proveedor de cierto bien que otorga a cada uno de sus distribuidores una región determinada para realizar sus ventas, esto sucede comúnmente en el caso de franquicias. Sin embargo, acuerdos de *cárteles*<sup>107</sup> pueden disfrazarse de división vertical.

106 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.

107 Un cártel es un acuerdo formal entre empresas de una industria oligopólica. Los miembros del cártel pueden acordar en materias tales como precios, oferta total de la industria, división de mercado, división de consumidores, división territorial, división de ganancias o una combinación de todas estas. Cártel en un sentido amplio es sinónimo de *colusión en forma explícita*. Los cárteles se forman para el beneficio mutuo de sus miembros y su comportamiento intenta emular el del monopolio al restringir la oferta de la industria, subiendo o fijando precios con el fin de obtener ganancias mayores. OCDE, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, París, 1990, pp. 18 y 19.

Las *restricciones a la venta* del producto final son condiciones que un proveedor impone a un distribuidor. Éstas pueden consistir, entre otras, en condiciones de precio o decoración del local. Estas prácticas normalmente tienen una lógica legítima que descansa en fines mercadotécnicos, conservación de una imagen o calidad de un servicio, sin embargo, un proveedor con poder sustancial puede fijar precios mínimos de reventa para eliminar competencia.

Las *ventas atadas* se dan cuando en la venta de un producto se incluyen otros distintos y que podrían obtenerse por separado como parte de un *paquete*. En el caso de que un producto se venda sólo acompañado por un producto distinto y no existan alternativas distintas disponibles para el adquirente, la práctica se convierte en monopólica.

Los *contratos de exclusividad* de trato a un proveedor son muy comunes en el comercio e industria. Generalmente tienen como finalidad asegurar cierta calidad en la prestación o venta de servicios y productos, pero pueden ser monopólicos si con ellos se cierra el acceso a otros competidores.

La *negación de trato* consiste en rehusar el trato comercial a cierta persona, esto puede tener consideraciones éticas, como la venta de cigarrillos a menores de edad, pero puede también tener el propósito de bloquear el crecimiento del mercado.

El *boicot* es una herramienta para presionar a ciertos agentes económicos. Muchos boicots tienen fines no económicos como el rehusarse a comprar a una empresa contaminadora por motivos ecológicos.

Como se ha visto, todos estos actos buscan la integración o coordinación productiva o de distribución y pueden incrementar la competitividad de los agentes económicos involucrados y así reducir los precios al consumidor final, por tal razón pueden tener efectos procompetitivos, sin embargo, también pueden presentar efectos anticompetitivos.

Si los efectos competitivos son menores que los anticompetitivos entonces se dice que la práctica es monopólica y por lo tanto

es violatoria de la LFCE. La LFCE busca que la sanción por práctica relativa sólo se dé si el efecto u objeto de los actos realizados es anticompetitivo en general, es decir, si la práctica es monopólica.

En virtud de lo anterior, lo fundamental para que un acto u omisión pueda ser calificado como práctica monopólica relativa es que su

a. Objeto

- i. sea desplazar
- ii. pueda ser desplazar

b. Efecto

- i. sea desplazar
- ii. pueda ser desplazar

*indebidamente a*

- i. otros agentes del mercado
- ii. impedirles sustancialmente su acceso, o
- iii. establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas.

A diferencia de las prácticas absolutas, los actos que lleven a cabo los agentes económicos que constituyan prácticas relativas no son nulos en principio; no obstante lo anterior y bajo el principio legal de que un acto ilegal no genera derechos y obligaciones, dichos actos son anulables.

Como en el caso de prácticas absolutas, la responsabilidad legal derivada de la celebración de estos actos puede ser clasificada en objetiva y subjetiva. Por un lado, es responsable el agente económico que lleva a cabo un acto cuyo objeto sea desplazar agentes del mercado, impedirles el acceso o establecer ventajas exclusivas, con independencia de que el resultado de dicho acto coincida con el objeto; en este supuesto se castiga la intención<sup>108</sup> de los agentes económicos, y la responsabilidad es subjetiva.

108 Estado mental en el cual una persona busca llevar a cabo un determinado resultado con independencia de que lo logre.



Por otro lado, es responsable el agente económico que realiza actos cuyo resultado sea desplazar agentes del mercado, impedirles el acceso o establecer ventajas exclusivas, con independencia de que tales actos hayan sido realizados con tal intención o no. En este caso se castiga el resultado, y la responsabilidad es objetiva.

La punición a las prácticas relativas tiene lugar sean éstas potenciales (pueda ser) o reales (sea). Existe probabilidad fundada de que se den o ya se estén dando. En prácticas absolutas no existe esta diferencia, allá se pena siempre la realización de la conducta, no la posibilidad de que se dé.

Lo curioso son las mezclas entre conductas potenciales-reales y responsabilidad objetiva-subjetiva que se pueden dar; llama la atención la penalización de una conducta cuyo *objeto pueda ser*, es decir, una conducta cuya intención *pueda ser* una intención que el agente económico puede o no tener actualmente, pero que quizá tenga.

Para la ilegalidad de los actos u omisiones se requiere que el efecto (resultado) u objeto (intención) de los mismos haya tenido lugar *indebidamente*. La LFCE no dice qué debe entenderse por una conducta indebida, y la calificación de indebido no la puede dar la autoridad de acuerdo con su sistema de valores, sino que debe apearse a los criterios establecidos en la propia ley.

El concepto de indebido en materia de competencia se infiere de la redacción del primer párrafo del artículo en comento en relación con su fracción VII. *Indebido* es lo contrario al bien jurídicamente tutelado por la LFCE, lo contrario a lo establecido en la propia LFCE, y todo acto u omisión de los agentes económicos recibirá tal calificativo si daña el proceso de competencia y libre concurrencia, es decir, restringe el funcionamiento eficiente de los mercados en los términos establecidos en la misma ley.

Finalmente debemos señalar el hecho de que el artículo en comento enumera seis supuestos de actos u omisiones y deja un séptimo abierto. En efecto, la fracción VII del artículo 10 de la LFCE ha sido cuestionada en virtud de que se alega deja un amplio margen de discrecionalidad a la comisión, violando el princi-

pio de legalidad y ello se traduce en incertidumbre e inseguridad jurídica para el gobernado.

Al respecto cabe señalar que en los regímenes jurídicos liberales el principio de legalidad<sup>109</sup> es fundamental en la organización del Estado de derecho. Este principio no es otro que la limitación jurídica a la acción gubernamental que se puede formular de la siguiente manera: i) todo acto jurídico supone una norma que confiere facultades correlativas de obligaciones, todo poder o facultad requiere necesariamente de fundamentación jurídica, y ii) la legalidad debe controlar los actos de los funcionarios.

El principio de legalidad se puede entender desde un punto de vista material, es decir, la norma en la que se funda una decisión del gobernante debe ser norma de carácter abstracto e impersonal, pero precisa; y puede entenderse desde un punto de vista formal, es decir, la norma aparte de ser ley en su sentido material, debe ser expedida por el órgano facultado para dictar leyes.

Si no existiera el principio de legalidad, es decir, si la actividad del Estado, resolviendo casos individuales, no estuviera sujeta a normas generales precisas, estaríamos en la definición del despotismo, o bien Estado de privilegios.

¿Es entonces la fracción VII del artículo 10 de la LFCE una violación al principio de legalidad? desde nuestro entender no. Detallar cada conducta que pudiera tener un efecto adverso en la competencia es imposible, primero por el número de casos que se pueden presentar en la realidad; segundo porque los mercados evolucionan. No obstante lo anterior, el artículo 10 no da pie a discrecionalidad alguna por parte de la autoridad, la limitante a dicha restricción es que la conducta sea indebida en términos de competencia.

Esto quedará más claro con el siguiente símil. En general, todos están de acuerdo en que el homicidio es un delito. Normal-

109 Este principio es fundamental y engloba a otros tantos, como el de imperio del derecho, es decir, el mismo Estado de derecho, el principio de constitucionalidad, el principio de legalidad del procedimiento (*due process of law*), enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América.

mente la ley penal sustantiva de los distintos sistemas jurídicos nacionales define al homicidio como la privación de la vida, pero no refiere una lista exhaustiva de formas para perpetrar el homicidio. De la misma forma, el artículo 10 penaliza las prácticas monopólicas relativas, las cuales son todas aquellas acciones u omisiones, contratos, convenios o combinaciones de agentes cuyo objetivo sea desplazar a otros agentes del mercado, imposibilitarles su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de ciertas personas. Dichos actos u omisiones deben tener un efecto negativo sobre la eficiencia económica y deben realizarse en el mercado relevante por agentes que tengan poder sustancial en el mismo, es decir, deben ser indebidas en términos de competencia, el listado que se pone de las distintas maneras para perpetrar dichas prácticas monopólicas relativas no es más que ejemplificativo (véase diagrama I al final del libro).

#### CONCORDANCIA

- Artículos 5o., 6o., 7o., 9o., 10, 11, 12, 13, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40 y 41 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.

#### RESOLUCIONES

- *Estados Unidos vs. Standard Oil*, 221 U.S. 1, 58 (1991).

#### BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA RODRÍGUEZ, Sergio, “Reflexiones comparativas de la Ley Federal de Competencia Económica. La reglaper se y la regla de la razón”, *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, UNAM, 1994.

OCDE, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, París, 1990.

*Condiciones previas al análisis de prácticas relativas*

**ARTÍCULO 11.** Para que las prácticas a que se refiere el artículo anterior se consideren violatorias de esta ley, deberá comprobarse:

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

COMENTARIO

Previo a determinar si existió la práctica y analizar sus posibles efectos sobre la competencia económica de forma que pueda ser calificada como práctica monopólica relativa, la LFCE exige que la autoridad se cerciore de que el *presunto responsable* tiene *poder sustancial* en el *mercado relevante* y que las prácticas se hayan realizado en dicho mercado relevante. Antes de comprobar si ha habido un daño a la competencia, se trata de comprobar que el agente económico tiene capacidad para realizar prácticas que dañan a la competencia en un mercado.

El artículo en comento establece estos requisitos para el caso de prácticas monopólicas relativas y concentraciones prohibidas, pero la determinación del mercado relevante es una exigencia lógica que se debe realizar siempre que se haga un estudio de competencia, como por ejemplo en las declaratorias de condiciones de competencia que se encuentran previstas en diversas legislaciones sectoriales en relación con el artículo 50 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica (RLFCE).

Por otro lado, antes de ver si ha habido un daño a la competencia es necesario demostrar que el agente económico tiene capacidad para generar un daño a la competencia en un mercado determinado al realizar dichas prácticas. En efecto, si un agente no tiene poder sustancial en el mercado relevante, sus acciones en lo individual serían incapaces de afectar de manera *significativa* las



*Mercado relevante*

**ARTÍCULO 12.** Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

*Posibilidad de sustitución*

I. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal situación;

*Costos de distribución*

II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

*Probabilidad de acudir a otro mercado*

III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; y

*Restricciones normativas a fuentes alternas*

IV. Las restricciones normativas de carácter federal, o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

## COMENTARIO

Todo ilícito, para ser penado, debe estar ubicado en tiempo, modo y lugar. El mercado relevante es aquél en que se realiza la práctica y se refiere al bien en cuestión. Ayuda a identificar el ilícito, el acto antijurídico, y tiene tres dimensiones: la dimensión del producto o los productos que deben considerarse para el análisis, la dimensión geográfica y la dimensión temporal.

Podemos decir que un mercado es la interacción de demandantes y oferentes para el intercambio de bienes y servicios; en esta interacción los precios de dichos bienes y servicios tienden a igualarse.<sup>110</sup> Para que un mercado funcione adecuadamente o se *limpie*, la oferta debe ser igual a la demanda a un precio denominado de equilibrio. En un punto particular en el tiempo, los mercados pueden estar en equilibrio o desequilibrio, dependiendo de si la oferta iguala a la demanda al precio prevaleciente. Los mercados pueden ser locales, regionales, nacionales, internacionales y no necesariamente tiene que existir el lugar físico (el *dónde*) en el cual los compradores y vendedores se comuniquen directamente. Con las nuevas tecnologías dicha comunicación puede, por ejemplo, ser electrónica.

La definición de mercado, teóricamente, debe tomar en cuenta tanto consideraciones de oferta como de demanda. Por el lado de la demanda, hay que analizar, por ejemplo, qué productos son sustitutos entre sí. Por el lado de la oferta, se deben incluir en el estudio a los productores que pueden fácilmente cambiar su producción a la del producto relevante o sustitutos cercanos del mismo. La definición del mercado relevante incluye oferentes tanto actuales como potenciales, esto es, empresas que tengan la capacidad de alterar rápidamente su proceso de producción y de esa forma poder ofrecer productos sustitutos si el precio lo permite.

La dimensión del producto (servicio) se refiere a la identificación del mismo en relación con otros productos (servicios). Im-

110 El tipo de mercado por excelencia que los economistas persiguen buscando la eficiencia es el llamado de competencia perfecta.

plica evaluar hasta qué punto los consumidores consideran que dos bienes son similares entre sí de manera que puedan ser sustitutos uno del otro. La dimensión geográfica se refiere al alcance en términos geográficos de la producción y distribución de los bienes en cuestión, y se liga con la posibilidad de abastecer desde otras regiones, en cada caso habrá que analizar costos de transporte y barreras a la entrada a los mercados. Finalmente, la dimensión temporal hace referencia a un periodo de análisis y al hecho de que el abasto desde otras regiones sea o no oportuno, de forma que los efectos no sean tan limitados en el tiempo como para darse sólo en el periodo de análisis.

A diferencia de otras legislaciones, donde existen métodos generales para determinar el mercado relevante con independencia del caso en particular,<sup>111</sup> la legislación mexicana no define qué es un mercado relevante sino que enlista diversos criterios a tomar en cuenta para su determinación y deja a la autoridad libertad para determinarlo. La fijación referida se hace por lo tanto analizando el caso en sus propios méritos.

El calificativo de *relevante* para un mercado se refiere estrechamente al objeto de la LFCE. La determinación del mercado relevante debe ser tal que ayude a detectar prácticas que disminuyan el bienestar social al ser contrarias a la eficiencia económica. Una definición de mercado relevante muy estrecha en términos de producto, geografía o tiempo, excluiría del análisis a cierta competencia que sería importante considerar; una definición muy laxa llevaría a sobreestimar el nivel de competencia. Tanto la definición amplia como la estrecha llevarían a un falso cálculo de las participaciones de mercado e índices de concentración, por ejemplo.

La tarea de definir un mercado relevante puede no ser fácil e involucra cierta discrecionalidad por parte de la autoridad para poder apreciar y sopesar los diversos elementos que se utilizan para la determinación respectiva. No obstante esta discrecionalidad

111 Merger Guidelines del Department of Justice de los Estados Unidos de América.



dad, no debe leerse como arbitrariedad. La autoridad tiene límites y criterios bien establecidos para definir un mercado relevante, éstos se encuentran cuando una persona o grupo de personas pueden elevar el precio sobre los costos de producción sin generar concurrencia proveniente de otras áreas geográficas, posibilidades de sustitución por otros productos u oferta adicional en un plazo determinado. Dentro de estos límites, la posibilidad de monopolizar es factible, pues la elevación del precio no genera concurrencia que lo haga regresar a su nivel original. Los criterios que se consideran para concluir si se está en presencia de un mercado relevante son básicamente: posibilidad de sustitución del bien, costos de distribución de los sustitutos, probabilidades y restricciones de los consumidores para acudir a otros mercados.

En el caso de bienes normales que son sustitutos perfectos (como pueden considerarse en principio a las calcetas escolares que presentan características similares), el aumento en el precio de una marca implica el incremento en la demanda de otra marca de calcetas. En efecto, un agente económico que pretendiera subir el precio del primer bien para obtener ganancias extraordinarias no podría hacerlo en virtud de que al mercado relevante concurre el bien sustituto. Los consumidores, al percibir el aumento en el precio del primer bien, lo sustituirían por el segundo y ello impediría que el agente económico pudiera elevar el precio.

En el caso de bienes normales complementarios, como las llantas y los carros, en principio se puede decir que ambos bienes concurren a mercados relevantes diferentes y no al mismo. Es decir, el comportamiento monopólico en el mercado de automóviles no implica necesariamente comportamiento monopólico en el mercado de llantas, aunque dependiendo del caso pueden presentarse efectos en un mercado ocasionado por comportamiento monopólico en el otro.

Existen diversos métodos para establecer un mercado relevante, cada uno toma en cuenta las direcciones del análisis que los mismos casos sugieren. Un método es el siguiente: se define como producto A, a aquél para el cual se pretende determinar su

mercado relevante. B, al producto mejor sustituto de A.<sup>112</sup> Puede definirse también un producto C, que sería el mejor sustituto de B, y por ende sustituto indirecto de A. Normalmente para definir el mercado relevante de A se consideran todos los productores posibles de A y a los sustitutos, directos o indirectos, de este producto en los que tienen participación significativa los agentes involucrados. En tal grupo se analiza si es posible que algunos de dichos agentes ejerzan poder sustancial y para ello se puede pensar en un monopolista hipotético que pudiera subir el precio de A de manera significativa. Si la respuesta es sí, entonces se define al mercado relevante como el que incluye A y todos los productos que se hayan considerado. Si es no, entonces se puede concluir que el mercado relevante es más reducido y que se debe excluir a los productos en los que los agentes involucrados no tienen una participación apreciable.<sup>113</sup>

Para el caso de determinación de mercado relevante de bienes sustitutos tomemos un ejemplo donde ha existido controversia respecto de dicha determinación e involucra ciertos servicios de telecomunicación. En efecto, la empresa Pegaso Comunicaciones y Sistemas S.A. de C.V. presentó denuncia en contra de Grupo Nextel, misma que se radicó bajo el número de expediente AD-74-2000, los hechos denunciados consistieron en señalamientos de que se había llevado a cabo una concentración prohibida presentando información falsa. Se alegaba que Grupo Nextel siendo propietario de diversos títulos de concesión para prestar el Servicio de Móvil de Radiocomunicación Especializada de Flotillas (SMREF), había ocultado que prestaba también servicio de telefonía celular. La comisión, haciendo un análisis de los títulos respectivos, determinó que Nextel prestaba el SRMEF según lo autorizaba su título de concesión, pudiendo interconectar a sus usuarios a la red telefónica pública, y que el servicio de telefonía celular era de naturaleza distinta al SMREF, no obstante que des-

112 Mejor sustituto de A es aquel producto que aumenta su demanda ante un incremento en el precio de A, manteniendo todos los demás precios constantes.

113 García Alba Iduñate, Pascual, *op. cit.*, nota 38, pp. 119 y ss.

de el punto de vista del consumidor “tienden a desarrollarse como sustitutos imperfectos”.<sup>114</sup> Tiempo después, en las concen- traciones sectoriales AD-123-2001 y AD-45-2002, la comisión consideró que tanto el SRMEF como la telefonía celular se pres- taban en el mismo mercado relevante y que eran sustitutos cerca- nos uno del otro; para lo anterior consideró los resultados de las tendencias de la tecnología digital y lo que se ha denominado el fenómeno de *convergencia* en las telecomunicaciones.

Lo anterior hace más que evidente el hecho de que la comisión goza de cierta discrecionalidad en su apreciación de lo que es un mercado relevante, discrecionalidad que no significa arbitrarie- dad y que está prevista y otorgada por la misma ley. También hace evidente que los mercados son dinámicos y que un bien que en su momento no era sustituto de otro, como es el caso del SMREF y la telefonía celular, pueden muy bien llegar a ser susti- tutos tiempo después. En el caso referido debido a que la *conver- gencia* en telecomunicaciones ha hecho ver desde el punto de vis- ta del consumidor que tanto el SMREF como la telefonía celular son *lo mismo* y en ese sentido, sustitutos, por lo que un monopo- lista hipotético podría muy bien ejercer poder monopólico en el mismo, por lo tanto, la comisión concluyó que ambos servicios concurrían al mismo mercado relevante.

Esta discrecionalidad legal no es característica particular de la legislación de competencia, también se ha presentado por ejem- plo en casos *antidumping*. En efecto, con fundamento en las dis- posiciones que regulan el control de las medidas de salvaguarda globales básicas de la Organización Mundial de Comercio (OMC), autorizadas por el artículo 802 del Tratado de Libre Co- mercio de América del Norte (TLCAN)<sup>115</sup> y por las reglas com- plementarias señaladas en el mismo artículo 802,<sup>116</sup> un gobierno

114 Resolución DE-41-2001, 13 de diciembre de 2001.

115 Artículo 2o. del Acuerdo sobre Salvaguardas de la OMC.

116 Por ejemplo, el artículo 802 del TLCAN impide la aplicación de medidas de sal- vaguarda globales a los productos de otras partes del TLCAN, a menos que las importa- ciones de esa otra parte *contribuyan de manera considerable* con el daño serio.

podrá aplicar una medida de salvaguarda a los productos importados, sólo si dichos productos están siendo importados dentro de su territorio en cantidades tan elevadas que causen un *daño serio* a la *industria nacional*. Tanto los acuerdos de la OMC como el TLCAN definen a la *industria nacional* como los fabricantes nacionales de aquellos productos que sean “similares o competidores directos” al producto importado en cuestión.<sup>117</sup>

En el contexto de TLCAN existió un caso donde el gobierno de los Estados Unidos de América impuso medidas de salvaguarda a las escobas de mijo procedentes de México, alegando que las mismas habían causado daño a la industria de escobas de mijo del primer país. El alegato fundamental de México fue que en la definición de industria nacional (similar a mercado relevante), no se había incluido a las escobas de plástico producidas en Estados Unidos y por ello las conclusiones a las que se había llegado eran incorrectas.<sup>118</sup>

Distintos paneles arbitrales han sostenido que la forma en que el concepto de *producto similar* ha sido definido en decisiones de la OMC presenta cierto grado de discrecionalidad concedido a los gobiernos y paneles al aplicar dichas definiciones. Así, por ejemplo el panel del caso *Japón - Impuestos sobre Bebidas Alcohólicas*, sostuvo que el término *producto similar* debía ser interpretado *caso por caso*.

En el caso de las escobas de mijo, el panel hizo notar que jurisprudencialmente no existía una prueba en particular a seguir de manera estricta para definir la similitud y que otros arbitrajes habían utilizado distintos criterios para establecer la similitud, tales como: las propiedades, naturaleza y la calidad del producto y sus usos finales; los gustos y hábitos de los consumidores que cambian de país en país, y la clasificación de los productos en no

117 Artículo 4o.(1)(c) del Acuerdo sobre Salvaguardas de la OMC; artículo 805 del TLCAN.

118 EN EL CASO DE LA MEDIDA DE SALVAGUARDA IMPUESTA POR LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA A LAS ESCOBAS DE MISO MEXICANAS. Presentado ante el panel establecido de conformidad con el capítulo XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (USA-97-2008-01), 30 de enero de 1998.



## RESOLUCIONES

- Resolución DE-41-2001, 13 de diciembre de 2001.
- CASO DE LA MEDIDA DE SALVAGUARDA IMPUESTA POR LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA A LAS ESCOBAS DE MIJO MEXICANAS. Presentado ante el panel establecido de conformidad con el Capítulo XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, (USA-97-2008-01), 30 de enero de 1998.
- *Japón - Impuestos sobre Bebidas Alcohólicas*, WT/DS8/R (1996), (Reporte del panel).
- *Japón - Impuestos sobre Bebidas Alcohólicas*, WT/DS8/AB/R (1996), (Órgano de Apelación)

## BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA ALBA IDUÑATE, Pascual, “Fundamentos económicos de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia”, *Informe de la Comisión de Competencia Económica*, México, CFC, 1996-II.

### *Poder sustancial*

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

### *Capacidad para fijar precios y participación en el mercado*

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

*Barreras a la entrada*

II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

*Posición relativa de competidores*

III. La existencia y poder de sus competidores;

*Acceso a insumos*

IV. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;

*Comportamiento reciente*

V. Su comportamiento reciente; y

*Otros*

VI.- Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de esta ley.

COMENTARIO

El concepto de *poder sustancial* es de fundamental importancia para el estudio del derecho de la competencia. El poder sustancial se define como la capacidad de un agente económico para aumentar precios sin que otros agentes puedan contrarrestar dicho poder. Dicha definición se encuentra en la fracción I del artículo en comento.<sup>121</sup> Las fracciones siguientes refieren a elementos y

121 El segundo supuesto considerado por la fracción I del artículo en comento, restricción del abasto, ocasiona aumento en precios también.

criterios que hacen posible establecer la existencia de dicha capacidad.

La determinación de poder sustancial en un mercado relevante se hace en referencia a los agentes económicos. Siempre el poder sustancial lo tiene un agente económico en particular y otros agentes económicos no pueden contrarrestarlo. El decir que existe un poder sustancial en el mercado relevante sin señalar quién lo posee y en contra de quién puede ejercerlo no tiene lógica. El poder sustancial en el mercado relevante de un agente económico depende tanto de sí mismo como de los demás agentes económicos que participan en dicho mercado. El poder de mercado, como cualquier otro poder, no es un concepto absoluto, siempre se expresará en términos relativos, poder de algún agente económico que no puede ser contrarrestado por otros. El poder de alguien depende de la fortaleza o debilidad relativa de otros.

En términos simples, la *participación* de un agente económico en el mercado relevante es el tamaño de la rebanada del pastel que le toca, la parte que dicho agente abastece o le corresponde de dicho mercado. La participación puede ser medida de muchas formas, el volumen de ventas, número de clientes, capacidad de producción, entre otras.

La comisión ha dicho que la participación en el mercado relevante de un agente económico se determinará tomando en consideración cualquier indicador que ella estime pertinente. La comisión ha considerado preferentemente el valor monetario de las ventas totales del mercado relevante, toda vez que son más confiables y su interpretación más directa, sin perjuicio de utilizar otros indicadores en términos de volumen, peso o cualquier otro tipo de unidades que pudieran ser más relevantes en un determinado asunto.<sup>122</sup>

A diferencia de la participación, que es una medida relativa, de un agente económico en relación con el mercado, el *grado de con-*

122 Resolución por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que existe en el mercado relevante y los criterios para su aplicación, *Diario Oficial de la Federación* del 24 de junio de 1998.



*concentración* de un mercado es una medida absoluta que se refiere a la estructura del mercado como un todo y no a un agente económico en particular.

El *grado de concentración*, en términos simples, refleja qué tantas porciones de pastel se llevan tantos agentes económicos. Si pocos agentes económicos se comen todo el pastel se dice que el mercado relevante tiene un alto grado de concentración.

Existen muchos *índices de concentración* que miden el grado de concentración de un mercado. La comisión utiliza dos índices. El *Herfindahl* (H) que se define como la suma de los cuadrados de las participaciones de cada agente económico en el mercado. Vale la pena considerar varios supuestos para entender este índice.

En competencia perfecta, donde existe un gran número de agentes económicos y cada uno de ellos tiene una participación de mercado que tiende a cero, la suma del cuadrado de dichas participaciones también tenderá a cero y H será casi cero.

En el extremo del monopolio puro, donde existe un solo agente económico cuya participación de mercado es del 100%, el índice H será 10,000 puntos.

En el caso de cinco empresas, cada una con una participación de 20%, la suma de cinco veces 400 será igual a 2,000 puntos. En el caso de que existan doce agentes económicos con igual participación de mercado, la desaparición de uno de ellos de forma que queden once agentes económicos con igual participación de mercado incrementa el índice H en 76 puntos.

La comisión ha considerado que una concentración tiene pocas probabilidades de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia cuando el resultado de la concentración arroja un valor H menor a 2,000 puntos o el aumento de H sea menor a 75 puntos.<sup>123</sup>

El índice H tiene un problema grave para efectos del análisis de competencia. H aumenta con cualquier concentración de empresas, no obstante que es probable que algunas concentraciones,

lejos de dañar la competencia y la eficiencia, la incrementen. Así por ejemplo en el caso de que un agente económico posea las tres cuartas partes del mercado y otros diez agentes económicos pequeños posean la restante cuarta parte, una concentración de dos de dichos agentes económicos pequeños seguramente incrementaría la eficiencia del mercado debido a que dicha concentración les permitiría competir mejor con la empresa grande, no obstante el índice H aumentaría. Esta característica se debe a que el índice H toma en consideración la relación de cada agente económico con el mercado, pero no los relaciona con el tamaño de otros agentes económicos.

Por tal motivo uno de los grandes economistas de este país ha desarrollado un índice que busca considerar el tamaño de los agentes económicos en relación al mercado y, además, en relación con el tamaño de otros agentes económicos.<sup>124</sup> Este índice se ha denominado de *Dominancia* (D) y el procedimiento para calcularlo consiste en una aplicación doble del índice H. Lo primero que se hace entonces es calcular el índice H, posteriormente se calcula la contribución  $h_i$  de cada agente económico al valor de H, misma que se define como el cuadrado de su participación entre H. Luego se vuelve a calcular H pero ahora con dichas contribuciones  $h_i$ .

El índice D busca ser un indicador de qué tan grande es cada uno de los agentes económicos en relación con los otros agentes económicos, al índice H absoluto lo hace relativo. La más interesante de sus propiedades es que dicho índice aumenta cuando hay una concentración a favor del agente económico más grande en el mercado, y disminuye cuando hay una desconcentración del agente económico más grande a otro, minando por lo tanto su poder de mercado.

La comisión considera que una concentración tiene pocas probabilidades de afectar el proceso de competencia y libre con-

124 García Alba Iduñate, Pascual "Un índice de dominación para el análisis de la estructura de los mercados", *El Trimestre Económico*, México, Fondo de Cultura Económica, julio-septiembre, 1994.

currencia cuando el resultado de la concentración arroja un valor *D* menor a 2,500 puntos o dicho valor disminuye.<sup>125</sup>

La combinación en el análisis del índice *H* y el *D* es congruente entonces con la fracción *I* del artículo 13 de la LFCE, en términos de la participación del agente económico, y también es congruente con la fracción *III* en términos de la relación que guarda dicho agente económico con sus competidores.

Un alto grado de concentración en el mercado relevante es un indicio de la existencia de un agente económico con poder sustancial en el mismo. No obstante, un alto grado de concentración no es condición suficiente para concluir que existe poder sustancial en el mercado relevante.

La gran variedad de mercados y las múltiples características que los diferencian implican que no se puede utilizar un único criterio para considerar si existe poder sustancial. Para analizar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante se analiza no sólo su participación en el mercado, también su tamaño respecto al mercado. Es necesario analizar la estructura del mercado y el grado de concentración del mercado mismo. Para que un agente económico pueda desplazar a otros, es necesario no sólo que sea grande en términos absolutos, sino que su tamaño sea grande comparado con el de otros agentes presuntamente desplazados.

Para determinar si un agente tiene poder sustancial es necesario además determinar si el agente económico puede fijar precios unilateralmente o restringir de manera importante la oferta sin que los otros agentes económicos puedan contrarrestarlo, para ello la legislación señala que debe analizarse la existencia de barreras a la entrada, acceso a insumos, comportamiento reciente, entre otros indicadores.

Para que exista poder sustancial en un mercado debe necesariamente haber alguna forma en que se limite marcadamente la entrada al mercado para otros agentes económicos. La existencia

de ciertas reglamentaciones o la presencia de ciertas características técnicas de una industria o la estructura de costos de la misma, puede prevenir la entrada de otros agentes, y ello se conoce como *barreras a la entrada*.

Las barreras a la entrada son factores que previenen o evitan la entrada de nuevas empresas a la industria aun cuando existan en dicha industria empresas que estén obteniendo ganancias por arriba del nivel normal, y por lo tanto, teóricamente tuviera que operar la igualación de las tasas de retorno, llevada a cabo por la tendencia de los factores a moverse de retornos bajos a altos.<sup>126</sup> Existen dos clases de barreras: estructurales, también conocidas como inocentes, y las estratégicas. A estas dos categorías también se les conoce como barreras económicas y de comportamiento.<sup>127</sup>

Las barreras estructurales surgen de las características de la industria, tales como tecnología, costos y demanda. Esta categoría surge de la diferenciación de producto, ventajas absolutas en costos para las empresas ya establecidas y presencia de economías de escala. La diferenciación de producto crea ventajas para las empresas ya establecidas en virtud de que los nuevos entrantes deben superar la lealtad acumulada a la marca de los productos existentes. Las ventajas absolutas en costos implican que la nueva empresa presenta costos por unidad mayores a cada nivel de producción, quizá debido a su tecnología inferior.

Tomemos el caso, por ejemplo, de economías de escala como barrera a la entrada. Aquí se trata de costes de producción por unidad de producto que disminuyen conforme aumenta el volumen de producción. Así resulta menos caro contar con una sola red de tubería para distribución de agua potable que con varias, con una red de cableado telefónico que con muchas, un solo tendido ferroviario que múltiples. En tal ejemplo, como en la mayoría de las llamadas *redes* estamos frente a un *monopolio natural*

126 Arrow, K. J y Hahn, F.H., *op. cit.*, nota 39, p. 1.

127 OCDE, *op. cit.*, nota 107, p. 13.

que casi siempre debe ser regulado por el gobierno para evitar que ejerza su poder sustancial. Es justo en el caso de los llamados *sectores regulados* donde es usual encontrar los grados más significativos de poder sustancial, ya que los agentes económicos están protegidos de la competencia de nuevos competidores y porque muchas veces dichos agentes tienen una gran capacidad para negociar con las autoridades las condiciones de regulación.

Algunos economistas enfatizan la importancia de los llamados *costos hundidos* como una barrera a la entrada. En efecto, debido a que ciertos costos deben ser incurridos por nuevos entrantes a una industria, pero éstos ya han sido hechos por las empresas existentes, nace una barrera a la entrada para los nuevos. Por otro lado, los costos hundidos reducen la posibilidad de salir de la industria y por lo tanto imponen riesgos extra o potenciales para los entrantes. Un ejemplo de costos hundidos se da en la forja de acero que implica gastos enormes en construcción y activación de hornos para fundir mineral.

Las llamadas barreras estratégicas surgen del comportamiento de las empresas existentes en el mercado relevante. En teoría, las empresas existentes pueden actuar de forma tal que incrementen las barreras estructurales o amenacen con castigar a aquellas empresas que se atrevan a entrar. Obviamente, tal amenaza debe ser, en términos de teoría de juegos, creíble; estas barreras son muy discutidas en la teoría. Un ejemplo de barrera estratégica es la sobreinversión en capacidad hecha por empresas existentes en una industria, de forma tal que tengan la opción creíble de llevar a cabo una guerra de precios si se presenta la entrada de nuevas empresas a la industria.

Un concepto relacionado con barreras a la entrada es el de *contestabilidad*. Una industria es un mercado contestable si la entrada a la misma es gratis y la salida no implica costo alguno. El énfasis en la salida es importante ya que las firmas en este tipo de mercados deberán ser capaces de dejar la industria sin incurrir en una pérdida y al momento en que las oportunidades de ganancias desaparezcan. Es muy importante considerar que un mercado

perfectamente contestable no necesariamente es un mercado perfectamente competitivo; así, si en una industria tan sólo opera una firma, el mercado puede ser contestable si no existen impedimentos a la entrada y salida de otras empresas de forma que la intervención de las autoridades de competencia sea innecesaria.<sup>128</sup>

El *comportamiento reciente* de los agentes involucrados en la investigación puede constituir prueba de que poseen poder sustancial. Si se observa una práctica de discriminación de precios que requiere de poder sustancial para llevarse a cabo, la LFCE permite concluir a la autoridad que quien realizó dicha práctica lo hizo porque tuvo la capacidad de hacerlo. Aunque el argumento es circular, no es descabellado. En materia penal no es necesario demostrar la capacidad económica de una persona para cometer soborno si se demuestra que dicha persona sobornó. El poder sustancial, como capacidad para fijar precios que no puede ser contrarrestada, puede ser probado si se demuestra que un agente económico fijó precios unilateralmente y que nadie pudo hacer nada para impedirlo.

Existen otros indicadores que son indicio de la existencia de poder sustancial, tal es el caso de las llamadas ganancias extraordinarias. Un mercado donde se presenten ganancias por arriba del promedio general de la economía difícilmente conservaría tal situación si no existiera algún poder sustancial que lo generara. Inversamente, la presencia de pérdidas continuas puede ser indicio de prácticas depredatorias ejercidas por un agente económico con poder sustancial para desplazar rivales. Altos costos de los consumidores para acudir a otros mercados y falta de acceso a importaciones, también son indicios de existencia de poder sustancial.

## CONCORDANCIA

- Artículos 11, 12 y 13 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.

128 Whish, Richard, *Competition Law*, 3a. ed., Londres, Butterworths, 1993, p. 11.

## RESOLUCIONES

- Resolución por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que existe en el mercado relevante y los criterios para su aplicación, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de junio de 1998.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARROW, K. J, y HAHN, F. H., *General Competitive Analysis*, San Francisco, Holdan Day, Inc., 1971.
- GARCÍA ALBA IDUÑATE, Pascual “Un índice de dominación para el análisis de la estructura de los mercados”, *El Trimestre Económico*, México, Fondo de Cultura Económica, julio-septiembre, 1994.
- OCDE, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, París, 1990.
- WHISH, Richard, *Competition Law*, 3a. ed., Londres, Butterworths, 1993.

### *Barreras al comercio interestatal*

**ARTÍCULO 14.** En los términos de la fracción V del artículo 117 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no producirán efectos jurídicos los actos de autoridades estatales cuyo objeto directo o indirecto sea prohibir la entrada a su territorio o la salida de mercancías o servicios de origen nacional o extranjero.

## COMENTARIO

Con el objeto de fortalecer la integración del mercado nacional, la LFCE busca evitar la presencia de barreras al comercio interestatal, mismas que consisten en actos de autoridades estatales cuyo objeto sea prohibir la entrada o salida de mercancías y servicios a una entidad federativa.

Una barrera al comercio interestatal, al reducir el tamaño de los mercados, nunca podrá tener un efecto benéfico en términos de competencia económica, es decir, del bienestar general de los consumidores y de los productores mexicanos y por el contrario puede tener efectos muy negativos sobre la economía del país.<sup>129</sup> En virtud de lo anterior, el legislador estableció una presunción legal de que las barreras al comercio interestatal siempre tendrán efectos adversos sobre la competencia y por ende sobre la eficiencia, por lo que son ilegales *per se*. La comisión no entra en detalles de su efecto sobre la competencia económica para proceder a la declaratoria, sino que sólo requiere determinar su realización.

No obstante la prohibición, los estados siempre están muy tentados a imponer tales barreras bajo la presión de sus productores que reclaman protección en contra de otros productores fuera de su estado.

La adopción que hizo el constituyente del sistema federal como forma de organización, presenta el problema de distribución de competencias. Como regla general, nuestra Constitución postuló la teoría norteamericana de las facultades reservadas a los estados en el artículo 124 constitucional. Por virtud de dicha teoría, los estados, se supone, conservan todas aquellas facultades que en forma expresa no delegan a las autoridades federales a través del pacto federal. El artículo 117 constitucional enumera ciertas facultades que corresponden a la federación y que se encuentran vedadas de manera expresa a las entidades federativas. En teoría constitucional, las facultades prohibidas a los estados se clasifican en absolutas o relativas.<sup>130</sup> Las primeras están contenidas en el artículo 117 y se las identifica como absolutas porque en ningún caso y por ningún motivo podrán realizarlas los estados. Las segundas, en principio, no pueden ser desplegadas por los estados; sin embargo, con autorización del Congreso de la

129 García Alba Iduñate, Pascual, *op. cit.*, nota 38, p. 101.

130 Sánchez Bringas, Enrique, "Comentario al artículo 117 constitucional", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, 1985.



Unión, podrían ejercerlas en términos de las reglas que se contienen en el artículo 118 constitucional.

La fracción V del artículo 117 constitucional<sup>131</sup> busca garantizar la libertad de comercio interestatal y evitar el establecimiento de monopolios regionales injustificados, así prohíbe a las entidades que integran la federación establecer barreras para tal efecto, tales como prohibiciones o gravámenes, directos o indirectos, al ingreso de mercancías, nacionales o extranjeras, destinadas a quedarse en sus territorios y también en relación con la salida de las mercancías de los límites territoriales de los estados. La hipótesis que contempla esta fracción se diferencia de la fracción IV del mismo artículo constitucional en el hecho de que no contempla el fenómeno de tránsito de mercancías, es decir, el paso de efectos o cosas por el territorio del estado, que es regulado por la fracción IV señalada.

Por medio del artículo en comento el legislador ordinario, en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 73, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>132</sup> atribuyó a la comisión, órgano desconcentrado de una dependencia del Poder Ejecutivo federal, la potestad para declarar que determinados actos de una autoridad transgreden el artículo 117 fracción V constitucional, en tanto que mediante ellos se restringe el comercio interestatal al prohibir o gravar, directa o indirectamente, el tránsito de mercancías o servicios.

## CONCORDANCIA

- Artículos 105 y 117, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Artículo 8o. del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.

131 "Artículo 117. Los estados no pueden, en ningún caso: V. Prohibir ni gravar, directa ni indirectamente, la entrada a su territorio, ni la salida de él, a ninguna mercancía nacional o extranjera".

132 "Artículo 73. El Congreso tiene facultad: IX. Para impedir que en el comercio de estado a estado se establezcan restricciones".



La declaratoria que haga la comisión respecto a la existencia de barreras al comercio interestatal puede ser recurrida por el estado en cuestión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). En la práctica, la comisión ha realizado la declaratoria a manera de recomendación, y en contra de dicha recomendación ha admitido recurso de reconsideración.<sup>133</sup>

Existieron algunas confusiones respecto a la naturaleza de la acción prevista en este artículo, las normas que rigen la procedencia de dicha acción, su substanciación y resolución, e inclusive respecto a si la SCJN tenía facultades para conocer en vía de revisión la materia de competencia económica. Dudas que ha aclarado nuestro máximo tribunal.

Cabe tener en cuenta que la comisión es parte integrante del Poder Ejecutivo.<sup>134</sup> La prohibición de barreras al comercio interestatal busca hacer efectivo el principio de un sistema federal armónico. La declaratoria de la comisión referente a la existencia de barreras al comercio interestatal puede ser que contenga elementos técnicos, como la determinación de algún índice. Evidentemente la SCJN no revisará si alguna operación aritmética está correcta o incorrecta, ni el contenido ortográfico de la misma, pero verificará que la declaratoria sea constitucionalmente válida. La litis tiene como contenido el determinar si los actos del Poder Ejecutivo al declarar la existencia de barreras al comercio interestatal están apegados a la Constitución.

Al respecto, cabe aclarar que en el caso especial de estados federados, el problema de determinación de competencias entre los entes integrantes de la federación, o entre éstos y la federación misma, fue resuelto por medio de jurisdicción constitucional de una manera casi *natural*, como ejemplo de ello tenemos el artícu-

133 Expediente RA-21-98, con motivo del diverso DE-12-97, donde la CFC emite recomendación al gobierno del estado de Durango en el sentido de abrogar el decreto administrativo que declara de interés público, el control y erradicación de la influenza aviar en el estado de Durango y que además recomienda la derogación de los artículos 141 y 142 de la Ley de Fomento Ganadero.

134 Véase comentario al artículo 23 de esta ley.

lo 3o., sección 2a., inciso 1, de la Constitución norteamericana,<sup>135</sup> que da a la Corte Suprema facultad para conocer de este tipo de controversias (de hecho, ésta era la principal y original misión de la Corte).<sup>136</sup>

El caso de barreras al comercio interestatal es evidentemente un problema de determinación de competencias entre los estados y entre ellos y la federación. El artículo 15 de la LFCE no pretendió crear un medio de control de constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo diverso a los establecidos en la Constitución. La prerrogativa de los estados para impugnar ante la SCJN una resolución de la naturaleza prevista en los artículos 14 y 15 de la LFCE, no implica la creación de una nueva acción constitucional, sino una reiteración sobre la posibilidad que asiste a tales autoridades para hacer valer el medio de defensa que resulte procedente, en particular la controversia constitucional prevista en el artículo 105 constitucional.<sup>137</sup> En tal sentido, el procedimiento que rige el citado recurso es el previsto para la controversia constitucional en la misma Constitución y Ley Reglamentaria respectiva.

## CONCORDANCIA

- Artículos 105 y 117, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

135 “El Poder Judicial se extenderá... a las Controversias en las que los Estados Unidos sean una de las Partes; a las Controversias entre dos o más Estados...”.

136 La aseveración de que la Constitución norteamericana no establece el control constitucional es cierta en cuanto no establece la *Judicial Review of Legislation*, es decir, la facultad de la Corte para calificar como constitucionales las leyes del Congreso, pero sí establece la jurisdicción constitucional orgánica. En efecto, el federalismo ha mostrado que un Poder Judicial forma parte de la estructura federal; si hay delimitación de competencias entre los poderes centrales y locales es forzoso que surjan conflictos entre ellos y se necesitará de un procedimiento para zanjarlos, es la misma necesidad de un árbitro que resuelve conflictos entre autoridades que tienen distintas competencias por motivo de separación de poderes. Por ello el federalismo refuerza la idea del control jurisdiccional constitucional. Cfr. Friedrich, Carl J., *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México, FCE, 1946, p. 220.

137 SCJN, Fallo al recurso de reclamación 172/98, interpuesto por el gobernador del estado de Durango, derivado del expediente 1/98.- PL, integrado con motivo de la promoción realizada en términos de la parte final del artículo 15 de la Ley Federal de Competencia Económica, ponente: ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia, 31 de octubre de 2000.

- Artículo 8o. del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.

## JURISPRUDENCIA

- SCJN, Fallo al recurso de reclamación 172/98, interpuesto por el gobernador del estado de Durango, derivado del expediente 1/98.- PL, integrado con motivo de la promoción realizada en términos de la parte final del artículo 15 de la Ley Federal de Competencia Económica, ponente: ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia, 31 de octubre de 2000.

## RESOLUCIONES

- Expediente RA-21-98, con motivo del diverso DE-12-97, donde la CFC emite recomendación al gobierno del estado de Durango en el sentido de abrogar el decreto administrativo que declara de interés público, el control y erradicación de la influenza aviar en el estado de Durango y que además recomienda la derogación de los artículos 141 y 142 de la Ley de Fomento Ganadero.

## BIBLIOGRAFÍA

FRIEDRICH, Carl J., *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México, FCE, 1946.