

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A.C.



OBJETIVOS DE UNA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE  
COMPETENCIA ECONÓMICA: UN ANÁLISIS DE LA  
REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES  
EN MÉXICO

TESINA

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

SANTIAGO NORIEGA FARRÉS

DIRECTORA DE LA TESINA: LIC. LUCÍA OJEDA CÁRDENAS

CIUDAD DE MÉXICO

OCTUBRE, 2017

## Agradecimientos

A continuación agradeceré a algunas de las personas que han hecho posible la conclusión de mi etapa de licenciatura:

Alfonso y Pilar, gracias, porque además de padres y guías, fueron mis primeros maestros. Sin ustedes no tendría las herramientas, la capacidad y la voluntad para haber llegado hasta aquí. Todos mis logros pasados, presentes y futuros son también de ustedes. Gracias por tanto.

A Emilio, Gabriel y Juan Pedro por estar y por hacerme sentir orgulloso de las personas en las que se están convirtiendo. Ustedes me motivan a ser la mejor versión de mí mismo.

A Amelia Farrés, porque te has convertido en una segunda madre para mí, sin ti esto hubiera sido infinitamente más complicado.

A quienes me abrieron las puertas de su casa cuando llegué a la Ciudad de México, especialmente a Cristina Noriega y Mónica Saravia.

Al CIDE, a sus profesores y a la Clínica de Interés Público por ser un modelo a seguir para la educación en México. Su labor es la más importante para este país. Gracias.

A Javier Cruz Angulo por sus consejos, enseñanzas y, sobre todo, porque me mostró lo bonito del derecho cuando más lo necesitaba.

A Melina Ramírez, quién no ha dejado de ser una referencia para mí desde Introducción a la Economía.

A mi generación 2011-2015, porque lo hicieron todo más llevadero para mí.

A Karla Prudencio, Montserrat Rodríguez, Gabriela Márquez, Héctor Aguirre, María Montoya, Tahnee Nemo, a la familia Lizárraga; a todos mis amigos y amigas que estuvieron conmigo durante estos años.

A Lucía Ojeda, por siempre darme oportunidades para aprender y crecer. Te agradezco muchísimo tu paciencia y la confianza que me diste.

A Ernesto Álvarez, gracias por tu amistad y por ser un ejemplo como abogado y como persona. Sin tus comentarios y correcciones seguiría sin terminar este trabajo.

## Índice

<b>I. Introducción</b> .....	1
<b>II. Competencia Económica: objetivos de una política pública.</b> .....	7
1. El objetivo de una legislación en materia de competencia económica. ....	7
2. Los conceptos de eficiencia y bienestar del consumidor. ....	17
<b>III. Los acuerdos entre competidores</b> .....	24
1. ¿Cuándo son dañinos los acuerdos entre competidores? .....	24
2. ¿Cuándo son benignas las colaboraciones entre competidores? .....	27
3. ¿Cuáles son las herramientas que utilizan las distintas autoridades de competencia para analizar los acuerdos entre competidores? .....	28
4. Casos. ....	39
a) Addyston Pipe and Steel Co. Vs Estados Unidos (1899) ...	40
b) Polygram Holding, INC.; Decca Music Group Limited; UMG Recordings, INC.; y Universal Music & Video Distribution Crop. Vs. FTC (2003) .....	44
c) Texaco v. Dagher (2006) .....	51
d) CNT-064-2009 (2009) .....	57
e) CNT-058-2016 (2017) .....	62
<b>IV. La regulación de los acuerdos entre competidores en México</b> .....	68
1. Prácticas Monopólicas Absolutas. ....	68
2. La práctica en México respecto de colaboraciones entre competidores con efectos benéficos para la competencia. ....	72
3. La Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos. ....	91
4. Problemas generados a raíz de la regulación actual de los acuerdos entre competidores en la LFCE. ....	96

V. Propuesta de reforma a la Ley Federal de Competencia Económica.....	99
<b>VI. Conclusión .....</b>	<b>102</b>
<b>VII. Bibliografía .....</b>	<b>105</b>

## **Resumen**

En 2014, fue aprobada una nueva Ley Federal de Competencia Económica en México para que, entre otras cosas, la legislación nacional fuera conforme con las mejores prácticas internacionales.

No obstante, la Ley Federal de Competencia Económica aprobada es omisa respecto al tratamiento de colaboraciones entre competidores con efectos pro-competitivos. En el presente trabajo sostengo que el principal objetivo de una legislación en materia de competencia económica debe ser procurar la eficiencia en los distintos mercados y proteger al consumidor.

Es en este contexto que surge la pregunta de investigación del presente trabajo: el que la Ley Federal de Competencia Económica sea omisa respecto de las colaboraciones entre competidores con efectos pro-competitivos ¿es acorde con el objetivo que debe seguir una legislación en materia de competencia económica? ¿Cumple con las mejores prácticas internacionales?

En términos generales, la hipótesis que se defiende en el presente trabajo de investigación es que la regulación de los acuerdos entre competidores de la Ley Federal de Competencia Económica no cumple con el objetivo que debe tener una legislación en materia de competencia económica.

Para respaldar lo anterior, se analiza cuál es el objetivo que debe tener una legislación en materia de Competencia Económica, cuál es la práctica internacional general en materia de colaboraciones entre competidores y se analiza cuál es el tratamiento exacto que le da la Ley Federal de Competencia Económica a dichas colaboraciones.

## I. Introducción

Vivimos en un mundo mucho más conectado e interdependiente que el que vivieron otras generaciones. En este sentido, tener un marco jurídico sólido en materia de competencia económica es esencial para que un país tenga un crecimiento económico óptimo; por un lado, porque proporciona reglas claras para que los agentes económicos participantes en el mercado compitan de manera eficiente y, por otro lado, porque un país con estas características se vuelve más atractivo para inversionistas internacionales.

Al día de hoy, una cantidad considerable de países cuentan con una legislación en materia de competencia económica, así como con una o más autoridades y/o instituciones especializadas encargadas de hacer cumplir y aplicar dicha legislación<sup>1</sup>.

Si bien en algunos países, como es el caso de Estados Unidos, esta materia tiene décadas de desarrollo y evolución constante, en otros países, como lo podría ser México, la materia se encuentra en un periodo de pleno asentamiento e innovación.

---

<sup>1</sup> De acuerdo con el Directorio de Miembros del *International Competition Network*, un cuerpo internacional especializado en la aplicación de las distintas legislaciones internacionales en materia de competencia económica; en Oceanía existen al menos 5 instituciones distintas especializadas en materia de competencia económica; en Asia 30; en Europa 51; en África 23; en Sudamérica 13 y en Norte América 16. Ese número hace referencia al número de instituciones que cuentan con personal miembro del *International Competition Network*. Consultado el 25 de julio de 2017. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/members/member-directory.aspx>.

La legislación en materia de competencia económica de México ha sufrido cambios importantes en los últimos años. En 2013, el Congreso de la Unión aprobó una reforma constitucional en materia de competencia económica y telecomunicaciones, la cual estableció dos autoridades gubernamentales en materia de competencia económica con rango constitucional; por un lado, la Comisión Federal de Competencia Económica (en adelante “COFECE”) y, por otro lado, exclusivamente para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, el Instituto Federal de Telecomunicaciones (en adelante “IFETEL”). Con motivo de estos cambios, en 2014 se abrogó la Ley Federal de Competencia Económica de 1992 y se emitió una nueva Ley Federal de Competencia Económica (en adelante “LFCE”).

Asimismo, con el fin de enfatizar la relevancia y actualidad del tema del presente trabajo de investigación, vale la pena mencionar que, de conformidad con el Programa Anual de Trabajo de 2017 de la COFECE, específicamente el punto 1.6, la COFECE tiene la intención de:

*“Elaborar el proyecto de Guía para el análisis de acuerdos de colaboración entre competidores, la cual: i) dará claridad a conceptos clave en el tema; ii) recopilará las mejores prácticas sobre el análisis de acuerdos de colaboración; iii) señalará criterios específicos para identificar las conductas que deben investigarse en materia de acuerdos colusorios y iv)*

*ejemplificará los casos que se puedan considerar como colusorios”<sup>2</sup>*

Es en este contexto que surge la pregunta de investigación objeto del presente trabajo: la legislación en materia de competencia económica mexicana actual, más concretamente, su regulación de las colaboraciones entre competidores ¿es acorde con el objetivo que debe seguir una legislación en materia de competencia económica? ¿Cumple con las mejores prácticas internacionales?

En términos generales, la hipótesis que pretendo defender a continuación es que la LFCE, específicamente la regulación de las colaboraciones entre competidores, no cumple con el objetivo principal que debe tener una legislación en materia de competencia económica ni con las mejores prácticas internacionales.

En este sentido, con la regulación actual, la COFECE y el IFETEL no tienen las herramientas necesarias para analizar de una manera eficiente y dinámica a las colaboraciones entre competidores.

Como se expondrá más adelante, sostenemos que el principal objetivo de una legislación en materia de competencia económica es garantizar el desarrollo eficiente de los mercados y, al mismo tiempo, proteger y beneficiar al consumidor. En materia de competencia económica, se entiende que un mercado funciona de manera eficiente

---

<sup>2</sup> COFECE, Programa Anual de Trabajo 2017, 16.



cuando utiliza de la manera más óptima todos los recursos y/o herramientas que existen a su disposición para beneficiar a los consumidores.

En el caso concreto, el Congreso de la Unión, al momento de aprobar y emitir la LFCE, omitió incluir un análisis con base en una regla de la razón para el caso de colaboraciones entre competidores con efectos pro-competitivos.

Es por eso que, a lo largo del presente trabajo, pretendo subrayar la enorme oportunidad que existe actualmente para los legisladores mexicanos y para el Gobierno Federal de aportarle a la COFECE y al IFETEL, por medio de una reforma a la LFCE, esta necesaria herramienta, así como los posibles beneficios que podría tener.

Para empezar ¿por qué podemos hablar de una regulación ineficiente en el caso de colaboraciones entre competidores en México? La LFCE actualmente no cumple con el concepto de eficiencia ya que, si bien restringe de manera efectiva los acuerdos entre competidores con efectos negativos para la competencia por medio de las Prácticas Monopólicas Absolutas (en adelante “PMA”); es omisa respecto a las colaboraciones entre competidores que son pro-competitivas y/o benéficas para los consumidores.

¿Por qué el hecho de que es omisa respecto a las colaboraciones entre competidores pro-competitivas implica una legislación ineficiente? Porque obliga a la COFECE y al IFETEL a analizar dichas colaboraciones entre competidores con efectos pro-competitivos como concentraciones, lo cual, no solo es inexacto en términos doctrinales en materia de competencia económica, sino que tiene costos procesales importantes para las autoridades y para los agentes económicos.

Inclusive, al ser omisa respecto de las colaboraciones entre competidores pro-competitivas y dada la amplitud de cada una de las fracciones que establece la LFCE en materia de PMA, se podría argumentar que algunas colaboraciones entre competidores con efectos pro-competitivos podrían ser tratadas como ilegales per se conforme a la LFCE y, en este orden de ideas, generar un incentivo para los agentes económicos competidores de no llegar a ninguna clase de colaboraciones.

El presente trabajo se divide en 5 secciones: la primera sección es la introducción, la segunda sección trata sobre el objetivo que debe tener una legislación en materia de competencia económica; la tercera sección explora el concepto de los acuerdos y/o colaboraciones entre competidores y la posibilidad de que tengan efectos benéficos para la competencia; la cuarta sección analiza la regulación de los acuerdos y/o colaboraciones entre competidores en México. Finalmente, la quinta sección presenta una propuesta de reforma a la LFCE.

Para referencia del lector y para facilitar la lectura del presente trabajo, cuando hablo de acuerdos entre competidores con efectos anticompetitivos, me refiero a los mismos como “acuerdos entre competidores”, mientras que cuando hablo de acuerdos entre competidores con efectos pro-competitivos, me refiero a los mismos como “colaboraciones entre competidores”.

## II. Competencia Económica: objetivos de una política pública.

### 1. El objetivo de una legislación en materia de competencia económica.

Para poder entender la relevancia de la pregunta de investigación objeto del presente trabajo y el problema que existe con la regulación de las colaboraciones entre competidores en México, primero es necesario entender cuál es el objetivo o racionalidad de una legislación en materia de competencia económica.

Doctrinalmente, existen múltiples interpretaciones respecto a cuál es el objetivo de una política de competencia<sup>3</sup>. Algunos autores incluso sostienen que el objetivo de una legislación en materia de competencia económica cambia dependiendo de la jurisdicción o dependiendo de la época que se esté estudiando.

De acuerdo con Deborah A. Garza y otros:

*“Durante las últimas décadas, cortes, agencias y practicantes en materia de competencia económica han reconocido el bienestar del consumidor como el objetivo unificador de la legislación de competencia”<sup>4</sup>.*

---

<sup>3</sup> “Enunciar los objetivos de las leyes en materia de competencia económica no es, sorprendentemente, una tarea sencilla”. Shenefield, John H., y Irwin M. Stelzer. *The Antitrust Laws: A Primer* (Washington, D.C.: The AEI Press, 1998), 10.

<sup>4</sup> Deborah A. Garza et al., *Antitrust Modernization Commission: Report and Recommendations* (Estados Unidos: Antitrust Modernization Commission, 2007), 35.

No obstante, Gregory T. Gundlach y Diana Moss sostienen que:

*“[L]as últimas décadas han sido testigo de un incremento en el número de agentes que presentan la postura de que la eficiencia económica debería ser la principal medida del bienestar del consumidor y por lo tanto el principal objetivo de las políticas de competencia”<sup>5</sup>.*

Efectivamente, algunos doctrinarios como Robert Bork, Richard Posner y Frank H. Easterbrook han sugerido que el bienestar del consumidor debería ser calculado tomando en cuenta la eficiencia del mercado en general<sup>6</sup>.

Por otro lado, autores como Ben Van Rompuy en su libro *“Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy? Non-efficiency Considerations under Article 101 TFEU”* argumentan que tanto en la Unión Europea como en Estados Unidos hubo un cambio de objetivo en las legislaciones en materia de competencia económica durante los últimos años, el cual se centra en privilegiar la eficiencia económica<sup>7</sup>.

Tomar y defender una postura sobre si el objetivo de una legislación en materia de competencia económica es principalmente el

---

<sup>5</sup> Gundlach y Moss, “The Role of Efficiencies in Antitrust Law: Introduction and Overview”, 91-92.

<sup>6</sup> Bork, Robert H., *The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*, 61-68; Posner, *Antitrust Law*; Easterbrook, “Does Antitrust Have a Competitive Advantage?”, 6.

<sup>7</sup> Van Rompuy, *Economic Efficiency*, Extracto.

bienestar del consumidor o si más bien es la eficiencia económica del mercado, excede el alcance del presente trabajo.

Sin embargo, es importante notar que independientemente de la postura que se tome, tanto el bienestar del consumidor como la eficiencia económica del mercado se vuelven factores importantes a tomar en cuenta al momento de analizar problemas en materia de competencia económica.

En este sentido, ya sea porque el objetivo principal es beneficiar al consumidor o porque el objetivo es que un mercado en cuestión funcione de la mejor manera posible, lo cierto es que un tomador de decisiones en materia de competencia económica debe tomar en cuenta ambos factores: si un mercado está funcionando de manera eficiente y si se está priorizando el bienestar del consumidor. A continuación, analizaremos lo que algunos autores dicen al respecto.

Massimo Motta en su libro *Competition Policy: Theory and Practice*, al hablar sobre una posible definición de una legislación en materia de competencia (*Competition Policy* o *Antitrust Policy*) nos dice que:

*“El definir la política en materia de competencia (...) no es una tarea fácil. Una posible definición podría ser: ‘conjunto de políticas y leyes que aseguran que la competencia en el mercado no se vea restringida de ninguna manera que sea perjudicial para la sociedad’. Esta definición admite la posibilidad de que algunas*

*restricciones podrían no necesariamente ser perjudiciales. (...) Sin embargo la definición está vacía a menos que especifiquemos qué es 'perjudicial para la sociedad'. A su vez, esto requiere que especifiquemos los objetivos de una política en materia de competencia. (...) Yo he argumentado que el bienestar económico (Economic Welfare) es el objetivo que las autoridades en materia de competencia y tribunales deberían perseguir. Esto me lleva a definir la legislación en materia de competencia como 'el conjunto de políticas y leyes que aseguran que la competencia en el mercado no sea restringida de tal manera que reduzca el bienestar económico (Economic Welfare)'<sup>8</sup>.*

El autor, al proveer de dicha definición, claramente explica que la legislación de competencia económica debe admitir la posibilidad de que existan restricciones a la competencia que no son necesariamente perjudiciales para la sociedad en su conjunto, como lo sería una colaboración entre competidores.

A manera de ejemplo, señala que algunos acuerdos entre fabricantes y distribuidores limitan la competencia frente a otros distribuidores, sin embargo frecuentemente mejoran el bienestar económico (*Economic Welfare*).

Motta explica el concepto de bienestar económico (*Economic Welfare*) de la siguiente manera:

---

<sup>8</sup> Massimo, *Competition Policy: Theory and Practice*, Capítulo 1.3.3.

*“El bienestar económico es el concepto estándar utilizado en economía para medir qué tan bien está funcionando una industria. Es una medida que suma el bienestar (o utilidad) de diferentes grupos en la economía (...). En cada industria, el bienestar es dado por la utilidad total, la cual es la suma de la utilidad del consumidor y del productor. La utilidad de un consumidor individual es dada por la diferencia entre la valuación del consumidor del bien considerado en cuestión (o su disposición a pagar por él) y el precio, el cual efectivamente tiene que pagar por él. La utilidad del consumidor (o bienestar del consumidor) es la suma total de la utilidad de todos los consumidores. La utilidad de un productor individual es la ganancia que obtiene por vender el bien en cuestión. La utilidad del productor es por lo tanto la suma de todas las ganancias obtenidas por productores en la industria”<sup>9</sup>.*

Como lo analizaremos más adelante, este concepto es importante para efectos de determinar cuál debe ser el objetivo de una política de competencia económica ya que como bien menciona Motta:

*“La medida del bienestar económico es una medida que resume qué tan eficiente es una determinada industria y no aborda la pregunta de qué tan equitativo o inequitativo está siendo distribuido el ingreso, lo cual puede abordarse con otras medidas”<sup>10</sup>.*

Esto significa que el estándar de bienestar económico (*Economic Welfare*) no toma en cuenta específicamente qué tanto beneficio o utilidades está recibiendo concretamente el consumidor

---

<sup>9</sup> *Íbid.*, Capítulo 1.3.1.1.

<sup>10</sup> *Íbid.*



(*Consumer Welfare*) frente al productor, sino que se enfoca principalmente en qué tan eficientemente funciona el mercado concreto.

Ahora bien, respecto al objetivo concreto de una legislación en materia de competencia económica, para el caso de Europa, Motta sostiene que:

*“En la Unión Europea, el Artículo 81(3) permite cualquier acuerdo, decisión o práctica concertada ‘que contribuya a mejorar la producción o distribución de bienes o a promover el progreso técnico o económico, siempre y cuando permita a los consumidores una parte justa del beneficio resultante’. Asimismo, el Artículo 2.1 de la Regulación de Concentraciones acepta en principio una defensa en eficiencia ‘siempre que sea para la ventaja del consumidor’. Esos preceptos podrían indicar que el beneficio del consumidor está entre los objetivos fundamentales de una ley de competencia”*<sup>11</sup>.

Respecto de la política de competencia de los Estados Unidos, Motta sostiene que:

*“En los E.E.U.U. tanto las cortes como las agencias en materia de competencia económica parecerían inclinarse también hacia un estándar de bienestar del consumidor, al menos en cuanto a concentraciones se refiere. En efecto, la última revisión de la guía de E.E.U.U. respecto a concentraciones establece que ‘la Agencia considera si eficiencias reconocidas podrían*

---

<sup>11</sup> *Íbid.*, Capítulo 1.3.1.2 (Énfasis añadido).

*probablemente ser suficientes para revertir el daño potencial a los consumidores de la concentración en el mercado relevante, por ejemplo, al prevenir incrementos en el precio en ese mercado”*<sup>12</sup>.

Por su parte, respecto de otras jurisdicciones como lo son Canadá, Australia y Nueva Zelanda; Motta ha dicho que las autoridades en materia de competencia económica parecerían inclinarse más bien hacia un estándar de bienestar económico total<sup>13</sup>.

Por otro lado, Laura Parret en su artículo “*Shouldn’t we know what we are protecting? Yes we should! A plea for a solid and comprehensive debate about the objectives of EU Competition Law and Policy*” es de la postura que, al menos en la Unión Europea, no existe solo un objetivo sino múltiples objetivos.

Parret sostiene que dichos objetivos son: la integración de mercados, libertad económica, **eficiencia económica**, política industrial, protección de pequeñas y medianas empresas, justicia, equidad, no discriminación y, finalmente, **proteger a los consumidores**.

Mario Monti, Comisionado Europeo en materia de Competencia Económica de 1999 a 2004, en una conferencia que tuvo lugar en Ámsterdam el 22 de octubre de 2004, declaró que:

---

<sup>12</sup> *Íbid.*

<sup>13</sup> *Íbid.*

*“[P]romover el bienestar del consumidor ha sido el corazón de mi mandato como Comisionado de Competencia”<sup>14</sup>.*

Tras citar y resumir brevemente una serie de casos donde se privilegió o protegió el interés del consumidor<sup>15</sup> durante el tiempo que duró desempeñando el cargo de Comisionado, Monti concluía su discurso de la siguiente manera:

*“[Y]o he puesto el bienestar del consumidor hasta arriba de la agenda de la política de competencia en Europa”<sup>16</sup>.*

Por su parte, Phillip Nelson y David Smith, en su artículo *“Efficiencies in Antitrust Analysis: A View from the Middle of the Road”* inician su exposición diciendo que:

*“[M]ientras doctrinarios de competencia económica continúan debatiendo los objetivos de la legislación en materia de competencia, esas discusiones típicamente reconocen que las leyes en materia de competencia consideran y deberían considerar las eficiencias, particularmente eficiencias que lleven a bajar los precios del consumidor”<sup>17</sup>.*

---

<sup>14</sup> Monti, “Competition for Consumers’ Benefit”, 1.

<sup>15</sup> Algunos de los casos citados son: el caso de Nintendo de 2002 (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution y COMP/36.321 Omega — Nintendo); el caso de Yamaha de 2003 (COMP/37.975 PO/Yamaha); el caso de Pokémon de 2004 (COMP/C-3/37.980 Souris - Topps), entre otros.

<sup>16</sup> *Íbid.*, 6.

<sup>17</sup> Philip y Smith, “Efficiencies in Antitrust Analysis: A View From The Middle Of The Road”, 128 (Énfasis añadido).

John R. Morris, en su artículo “*International Trade and Antitrust: Comments*”, donde analiza las políticas de competencia económica y de antidumping en Estados Unidos, nos dice que:

*“Los objetivos de las leyes en materia de competencia económica son ambiguos, y esto ha llevado a muchas decisiones judiciales confusas y contradictorias. Los objetivos competitivos para la competencia económica pueden ser clasificados en dos grupos: sociales y económicos. Los objetivos sociales incluyen un deseo de mercados justos e igualitarios y un deseo de límites al poder político de los negocios. Los objetivos económicos incluyen **eficiencia económica y beneficio del consumidor** en ‘mercados individuales’”<sup>18</sup>.*

Marc Duhamel, al analizar la ley en materia de competencia económica canadiense, dice que:

*“El Competition Act es probablemente una de las leyes jurídicas y económicas más sofisticadas que jamás haya entrado en vigor en Canadá. Como tal, se ha discutido que el principal objetivo de las disposiciones relativas a fusiones del Competition Act **debería ser el promover la eficiencia económica**”<sup>19</sup>.*

William J. Kolasky, en su seminario “What is competition?” de Octubre del 2002 mencionaba que:

*“En los Estados Unidos, nos gusta decir que el propósito de las leyes en materia de competencia*

---

<sup>18</sup> Morris, “International Trade And Antitrust: Comments”, 945 (Énfasis añadido).

<sup>19</sup> Duhamel, “On The Social Welfare Objectives of Canada’s Antitrust Statute”, 301 (Énfasis añadido).

*económica es proteger a la competencia, no a los competidores”<sup>20</sup>.*

Asimismo, en ese mismo seminario el autor definía competencia como:

*“[E]l proceso por medio del cual las fuerzas de mercado operan libremente para asegurar que los recursos escasos de la sociedad **sean empleados lo más eficientemente posible para maximizar el bienestar económico total**”<sup>21</sup>.*

De la cita anterior parecería que Kolasky se inclinaba por el objetivo de la eficiencia económica, aunque por supuesto, priorizar un bienestar económico también implica tomar en cuenta el bienestar del consumidor. Por último, Philip E. Areeda y Herbert Hovenkamp sostienen que:

*“Hoy en día parecería claro que el objetivo general de las leyes en materia de competencia económica es promover la ‘competencia’ conforme los economistas entienden ese término. Así decimos que **el principal objetivo de una política en materia de competencia económica es maximizar el bienestar del consumidor al promover que los agentes se comporten de manera competitiva, mientras que les permitimos aprovechar todos los ahorros disponibles que vengan de eficiencias internas o eficiencias de producción creadas de manera conjunta, o derivadas de nuevos procesos***

---

<sup>20</sup> Kolasky, “What is Competition?”, 1.

<sup>21</sup> *Íbid.*, 4 (Énfasis añadido).

*productores de innovación o de nuevos o mejorados productos*<sup>22</sup>.

En dicha cita los autores sugieren que ambos objetivos, tanto el de la eficiencia económica, como el del bienestar del consumidor, son igual de importantes e incluso se complementan. Concretamente, la postura anterior es con la que más concuerda el presente trabajo.

## 2. Los conceptos de eficiencia y bienestar del consumidor.

Como fue expuesto, una cantidad importante de doctrinarios en materia de competencia económica sostiene que una legislación en materia de competencia económica debería privilegiar el bienestar del consumidor, otros sostienen que se debe privilegiar la eficiencia económica o, en otras palabras, el bienestar económico; mientras que otros más sostienen que ambos objetivos son igual de importantes. Sin embargo ¿qué significan exactamente estos conceptos?

Es de suma relevancia determinar a qué se refieren con esos conceptos para conocer exactamente qué es lo que suele proteger una legislación en materia de competencia económica. Esto nos ayudará a determinar qué debería de proteger y privilegiar la LFCE en México y, específicamente, cómo se podría aplicar esta racionalidad a los acuerdos entre competidores.

---

<sup>22</sup> Philip E. Areeda y Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application*. Vol. 1, 4 (California: Aspen Law and Business, 2000) (Énfasis añadido).

Ya hemos analizado en el capítulo anterior la definición que nos daba Motta de beneficio económico o beneficio económico total (*Economic Welfare*). Podemos recordar que dicho concepto es normalmente enunciado como uno de los posibles objetivos de una política en materia de competencia económica y, como mencionaba Motta, sirve para medir qué tan eficiente es un mercado en cuestión.

El concepto de eficiencia es un concepto ampliamente estudiado en la teoría económica. Dado que la competencia económica es una rama del derecho fuertemente influenciada por la economía, los conceptos utilizados en las distintas legislaciones suelen ser conceptos económicos o fuertemente influenciados por esa materia. No obstante, también es cierto que las distintas legislaciones en materia de competencia económica y la doctrina han llegado a delimitar dichos conceptos de manera más específica o acotada que aquellos que podrían utilizar los economistas en general.

En este orden de ideas, el concepto de eficiencia suele tener distintas acepciones dependiendo del contexto. Por ejemplo, la eficiencia en el sentido económico o de Pareto suele referirse a que una situación es eficiente solo si “no es posible mejorar el bienestar de una persona sin empeorar el de ninguna otra”<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Varian, *Microeconomía intermedia*, 321.

En línea con lo anterior, el Glosario de Organización Industrial, Economía y Derecho de la Competencia (*Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*) (en adelante el “Glosario”) de la OCDE define “Eficiencia” de la siguiente forma:

*“En el contexto de la organización industrial, economía, derecho de la competencia y política de la competencia, se relaciona con la manera más efectiva de utilizar los recursos escasos. Dos tipos de eficiencia se distinguen generalmente: tecnológica (o técnica) y económica (o distributiva). Una firma puede ser tecnológicamente más eficiente que otra si produce la misma cantidad de productos con uno o menor cantidad física de insumos. Dado que existen distintos procesos de producción, no todas las firmas pueden ser tecnológicamente eficientes o comparables. La eficiencia económica toma relevancia cuando los insumos son utilizados en una manera tal que una escala determinada de producto se produce al menor costo posible. Un incremento en la eficiencia ocurre cuando una escala existente o más alta de producto se produce a un costo menor. A diferencia de la eficiencia tecnológica, la eficiencia económica permite que diversos procesos de producción puedan ser comparados. La Competencia generalmente se ve por parte de los economistas como la forma de estimular firmas individuales o agentes económicos en la búsqueda de eficiencia. La Eficiencia incrementa la probabilidad de supervivencia de un negocio y su éxito así como la probabilidad de que los recursos económicos escasos estén siendo utilizados en sus posibles formas más amplias. Al nivel de una firma, la eficiencia se da principalmente a través de economías de escala y alcance y, a través de un periodo más largo*



*de tiempo, a través de cambios tecnológicos e innovación.*

*El término ‘eficiencia’ en la distribución o consumo se utiliza para describir la situación en la que un conjunto de bienes particulares o servicios son divididos entre los consumidores de tal forma que ningún individuo puede estar mejor sin hacer que otro esté peor”<sup>24</sup>.*

En cuanto al término de “bienestar del consumidor” (*Consumer Welfare*), el Glosario establece lo siguiente:

*“El Bienestar del Consumidor se refiere a los beneficios individuales derivados del consumo de bienes y servicios. En teoría, el bienestar individual se define por la percepción propia de un individuo y su satisfacción, dados los precios y el ingreso. La medición exacta del bienestar del consumidor por lo tanto requiere de información sobre sus preferencias individuales.*

*En la práctica, la aplicación de economía del bienestar utiliza la noción del excedente del consumidor (consumer surplus) para medir el bienestar del consumidor. Cuando se mide respecto de todos los consumidores, el excedente del consumidor es una medida del bienestar del consumidor total. En materia de competencia económica, algunos argumentan que el objetivo es maximizar el excedente del consumidor, mientras que otros argumentan que los beneficios del productor también deberían ser tomados en cuenta”<sup>25</sup>.*

---

<sup>24</sup> *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law* (Organisation for Economic Co-operation and Development), 41.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 29.

A mayor abundamiento, cuando los economistas hablan de eficiencia también podrían referirse a la utilización de una escala mínima eficiente. Dicha escala se refiere al “volumen de producción que minimiza el costo medio, en relación con el nivel de demanda”<sup>26</sup> y donde “si la demanda es grande en relación con la escala mínima eficiente, es probable que el mercado sea competitivo. Si es pequeña, es probable que sea monopolístico”<sup>27</sup>.

Para el caso específico de una legislación en materia de competencia económica, Gregory T. Gundlach y Diana Moss, en su artículo anteriormente citado “*The Role of Efficiencies in Antitrust Law: Introduction and Overview*”, sostienen que existen múltiples conceptos de eficiencia comúnmente utilizados en materia de competencia económica.

Los principales conceptos de eficiencia que los autores mencionan son: eficiencia “estática”, la cual, de manera general, se refiere a si en el corto plazo los recursos son utilizados de manera óptima por parte de los agentes económicos y la eficiencia “dinámica”, que se concentra en los efectos a largo plazo como reducciones en los costos y mejoras en la calidad de los productos<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Varian, *Microeconomía intermedia*, 472.

<sup>27</sup> *Ibid.*, 473.

<sup>28</sup> Gundlach y Moss, “The Role of Efficiencies in Antitrust Law: Introduction and Overview”, 93-94.

Asimismo, hablando específicamente de la aplicación del estándar de eficiencia en la materia de Competencia Económica, los autores sostienen que:

*“La Suprema Corte [de los E.E.U.U.] no ha proveído una declaración definitiva sobre los objetivos de la legislación en materia de competencia económica. Sin embargo, muchas cortes, las agencias de cumplimiento en materia de competencia económica federales, y la mayoría de doctinarios opinan que la política en materia de competencia de los E.E.U.U. está principalmente preocupada por las conductas que dañan a los consumidores y, por lo tanto, con las eficiencias que directamente benefician a los consumidores”<sup>29</sup>.*

Adicionalmente, los autores mencionan que:

*“[A]unque es reconocido que los múltiples estándares [de eficiencia] pueden tener diferentes implicaciones para el análisis en materia de competencia económica, en la práctica, se sostiene que el uso de diferentes estándares frecuentemente no cambia los resultados de ese análisis”*

(...)

*“[P]ara las concentraciones y la mayoría de formas de conducta, la aplicación de un estándar de eficiencia involucra balancear eficiencias económicas que benefician a los consumidores en el corto plazo, contra*

---

<sup>29</sup> *Íbid.*, 96.

***los efectos perjudiciales de conductas competitivas que dañan a los consumidores***<sup>30</sup>.

Parecería entonces que, independientemente del énfasis que se otorgue a las posibles eficiencias económicas en un caso concreto, o al peso de uno u otro objetivo dentro de una política de competencia económica, la meta final tanto de dicho análisis de eficiencias como de cualquier legislación en materia de competencia económica, debe ser el bienestar del consumidor.

Así, si bien es cierto que los distintos doctrinarios citados en el presente trabajo reconocen la importancia de la eficiencia económica como parte del análisis que las autoridades en materia de competencia deben tomar en cuenta al momento de analizar un mercado relevante, lo cierto es que un incremento en el bienestar del consumidor o, por el contrario, un daño, son probablemente los factores más contundentes al analizar un mercado y/o una posible violación a una legislación en materia de competencia económica.

---

<sup>30</sup> *Íbid.*

### **III. Los acuerdos entre competidores**

Ahora bien, una vez aclarado que el principal objetivo de una legislación en materia de competencia económica es que los mercados operen de la manera más eficiente posible y que, en su caso, las posibles eficiencias en cuestión necesariamente se traduzcan en un beneficio para el consumidor, es importante analizar el concepto de los acuerdos entre competidores.

¿Por qué es necesario abundar en el concepto de acuerdos entre competidores? Porque las PMA, prohibidas de manera per se conforme a la LFCE, son esencialmente acuerdos entre competidores con efectos anticompetitivos para la economía y, en este sentido, con efectos dañinos para el consumidor.

#### 1. ¿Cuándo son dañinos los acuerdos entre competidores?

¿Los acuerdos entre competidores siempre son anticompetitivos? No, los acuerdos entre competidores no necesariamente son anticompetitivos. ¿Cuándo son anticompetitivos los acuerdos entre competidores? Se entiende que un acuerdo es anticompetitivo cuando su objeto es elevar los precios, reducir la oferta del producto en cuestión o restringir la competencia de manera injustificada.

A este tipo de acuerdos la Suprema Corte de los Estados Unidos les aplica la regla *per se* en tanto es “tan probable que dañen a la competencia y que no tengan beneficios pro-competitivos significativos, que no merecen el tiempo y costos requeridos que implica realizar un análisis particularizado de sus efectos. Una vez identificados, a estos acuerdos se les declara como ilegales *per se*”<sup>31</sup>.

Es importante mencionar que en tanto las autoridades suelen asumir que ese tipo de acuerdos son ilegales *per se*, no se entra a un análisis respecto de sus posibles efectos; es decir, sus supuestos objetivos de negocios, daños anticompetitivos, beneficios pro-competitivos o en general efectos competitivos.

En la misma línea que lo anterior, existen cierto tipo de acuerdos anticompetitivos a los que se les llama Carteles o “*Hard Core Cartels*”. Estos son acuerdos entre 2 o más agentes económicos competidores que tienen por objeto fijar precios, coordinar posturas en licitaciones, restringir la oferta y/o dividir el mercado. Se les llama cárteles porque los agentes económicos dejan de participar de manera individual en el mercado para comportarse como un grupo o cartel, de manera similar a un monopolio, en perjuicio del consumidor.

El Glosario de la OCDE define Cartel como:

---

<sup>31</sup> *Antitrust Guidelines for Collaboration among Competitors* (Federal Trade Commission; U.S. Department of Justice: Estados Unidos, 2000), 3.

*“[U]n acuerdo formal entre firmas en una industria oligopólica. Los miembros del Cartel pueden acordar aspectos tales como precios, oferta total de la industria, división de mercados, división de clientes, división de territorios, manipulación de licitaciones, establecimiento de agencias de ventas comunes, reparto de utilidades o una combinación de éstas. Los Carteles en este sentido amplio son sinónimo de formas “explicitas” de colusión. Los Carteles se forman para el beneficio mutuo de las firmas que son miembros. La teoría del oligopolio “cooperativo” establece la base para analizar la formación y los efectos económicos de los carteles. De manera general, los carteles o su comportamiento pretende emular el de un monopolio al restringir la oferta de la industria, elevar o fijar precios con tal de obtener utilidades más elevadas”<sup>32</sup>.*

Por su parte, al hablar específicamente sobre los Hard Core Cartels, en la OCDE también decían lo siguiente:

*“No hay una definición formal de lo que es un hard core cartel, pero las Recomendaciones Respecto a Acciones Efectivas contra Hard Core Cartels de la OCDE de 1998 (1998 OECD Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels) identifican como prácticas hard core a la fijación de precios, coordinación de posturas (licitaciones coludidas), restricciones a la oferta y división de mercados (o compartimiento). Estas prácticas son condenadas globalmente porque previenen que la competencia provea de sus beneficios al mercado y a la economía como un todo, y causa que las firmas participantes actúen de manera colectiva como un monopolio o de*

---

<sup>32</sup> *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law* (Organisation for Economic Co-operation and Development), 18-19.

*manera cercana a un monopolio. En casi todos los casos, los carteles son perjudiciales para los consumidores y para la economía y por esta razón son considerados violaciones per se a la ley, i.e. violaciones que nunca pueden ser justificadas conforme a reglas de competencia”<sup>33</sup>.*

La LFCE prohíbe dichas prácticas por medio de las PMA, por lo que la COFECE y el IFETEL están obligados a perseguirlas y castigarlas en caso de tener conocimiento de alguna.

## 2. ¿Cuándo son benignas las colaboraciones entre competidores?

Una colaboración entre agentes económicos competidores no necesariamente es dañina para el mercado. Por el contrario, también existen colaboraciones entre competidores que pueden tener efectos en favor de la eficiencia económica y de los consumidores.

En efecto, existen colaboraciones entre competidores que pueden tener beneficios netos para el consumidor y, por lo tanto, no deben analizarse como una restricción total a la competencia. Ejemplos de este tipo de colaboraciones pueden ser aquellas que tengan como objetivos la generación de eficiencias productivas –menores tiempos y costos de producción, mejoramiento de la calidad del producto,

---

<sup>33</sup> *OECD Roundtable on Due Diligence in the garment and Footwear supply Chain: Competition Law and Responsible Business Conduct.* (OECD Conference Centre: París, 2015), 11.



generación de economías de escala, entre otros-<sup>34</sup> o incluso, aumentos en la oferta, lo que necesariamente reduciría el precio para el consumidor.

3. ¿Cuáles son las herramientas que utilizan las distintas autoridades de competencia para analizar los acuerdos entre competidores?

Las autoridades en materia de competencia en Estados Unidos y en la Unión Europea suelen utilizar fundamentalmente dos criterios para determinar la legalidad de un acuerdo o colaboración entre competidores. Estos dos criterios son la regla de la razón y, como ya lo adelantábamos anteriormente, la regla *per se*.

La regla de la razón y la regla *per se* fueron desarrolladas a partir del sistema de precedentes de los Estados Unidos y las interpretaciones que los jueces norteamericanos fueron haciendo de las legislaciones relevantes. En el sistema norteamericano, existen principalmente tres legislaciones relevantes en materia de competencia económica: el *Sherman Act*, el *Clayton Act* y el *Federal Trade Commission Act*.

La regla de la razón y la regla *per se* surgen específicamente de la interpretación que le han dado los jueces en Estados Unidos a lo

---

<sup>34</sup> *Antitrust Guidelines for Collaboration among Competitors* (Federal Trade Commission; U.S. Department of Justice: Estados Unidos, 2000), 6.

establecido en el *Sherman Act*. El *Sherman Act*, emitido en 1890, establece que es ilegal “todo contrato, combinación, o conspiración en restricción del comercio” y los “monopolios, intentos de monopolio, o conspiración o combinación para monopolizar”<sup>35</sup>.

Los jueces de los Estados Unidos tomaron una serie de disposiciones muy generales como la anteriormente citada y fueron construyendo reglas de interpretación y aplicación de las mismas por medio de la resolución de casos.

En este orden de ideas, el criterio que se aplica como regla general en la práctica es la regla *per se*. Como mencionábamos anteriormente, una vez que se identifican acuerdos que tienden a elevar los precios, reducir la oferta y/o restringir la competencia de una manera injustificada, se les aplica la regla *per se* y son tildados de ilegales sin entrar a un análisis sobre sus posibles efectos.

Por otro lado, cuando se trata de colaboraciones accesorias a un objetivo legítimo, razonablemente necesarias para alcanzar dicho fin y sus posibles beneficios o donde existe una duda razonable de que podrían existir beneficios pro-competitivos derivados de la colaboración, se aplica la regla de la razón. Específicamente, la regla de la razón analiza si la colaboración específica está razonablemente

---

<sup>35</sup> Sección 1 y 2 del Sherman Antitrust Act, 1890.

relacionada con el objeto del negocio en cuestión y si es razonablemente necesaria para lograr los beneficios pro-competitivos<sup>36</sup>.

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos en colaboración con la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (en adelante “*FTC*” por sus siglas en inglés) emitieron en abril del año 2000 unos lineamientos en materia de competencia económica para colaboraciones entre competidores (*Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors*) (en adelante los “Lineamientos”).

En dichos Lineamientos se establece lo siguiente en relación con la regla de la razón y la regla per se:

*“Dos tipos de análisis son usados por la Suprema Corte para determinar la legalidad de un acuerdo entre competidores: per se y regla de la razón. Ciertos tipos de acuerdos son tan probablemente dañinos para la competencia y de no tener ningún beneficio pro-competitivo significativo que no merecen el tiempo y costos requeridos para investigar particularmente sus efectos. Una vez identificados, tales acuerdos son juzgados como ilegales per se. Todos los demás acuerdos son evaluados conforme a la regla de la razón, la cual involucra una investigación fáctica respecto a los efectos competitivos generales del acuerdo. Como la Suprema Corte ha explicado, el análisis conforme a la regla de la razón implica una investigación flexible y varía en su enfoque y detalle dependiendo de la*

---

<sup>36</sup> *Antitrust Guidelines for Collaboration among Competitors* (Federal Trade Commission; U.S. Department of Justice: Estados Unidos, 2000), 8.

*naturaleza del acuerdo y las circunstancias del mercado*<sup>37</sup>.

Asimismo, específicamente sobre la regla *per se*, los lineamientos establecen que:

*“Acuerdos del tipo que siempre o casi siempre tienden a elevar el precio o a reducir la oferta son ilegales per se. Las agencias impugnan tales acuerdos, una vez identificados, como ilegales per se. Tipos de acuerdos que han sido declarados ilegales per se incluyen acuerdos entre competidores para fijar precios u oferta, acordar licitaciones, o compartir o dividir mercados mediante la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas del comercio. A manera de conclusión, las cortes presumen que tales acuerdos, una vez identificados, son ilegales, sin entrar al análisis de sus supuestos propósitos de negocios, daños anticompetitivos, beneficios pro-competitivos, o efectos competitivos en general”*<sup>38</sup>.

Respecto al análisis conforme a la regla de la razón, los lineamientos establecen que:

*“Esos incluyen acuerdos de un tipo que de otra manera podrían ser considerados ilegales per se, siempre que estén razonablemente relacionados con, y sean razonablemente necesarios para alcanzar los beneficios pro-competitivos de la integración de una actividad económica que aumente la eficiencia.*

---

<sup>37</sup> *Íbid.*, 3.

<sup>38</sup> *Íbid.*

*El análisis conforme a la regla de la razón se concentra en el estado de la competencia y lo compara con una hipótesis sin el acuerdo relevante. La pregunta central es si el acuerdo relevante probablemente daña a la competencia al incrementar la habilidad o incentivos de elevar los precios o reducir la oferta, calidad, servicio o innovación de lo que probablemente sería en ausencia del acuerdo relevante.*

(...)

*El análisis de las Agencias inicia con una examinación de la naturaleza del acuerdo relevante. Como parte de esa examinación, las Agencias preguntan sobre el propósito de negocios del acuerdo y examinan si el acuerdo, en caso de ya estar en operación, ha causado daño anticompetitivo. En algunos casos, la naturaleza del acuerdo y la ausencia de poder de mercado pueden demostrar la ausencia de daño anticompetitivo. En tales casos, las Agencias no impugnan el acuerdo. De manera alternativa, donde la probabilidad de daño anticompetitivo es evidente por la naturaleza del acuerdo, o hay daño anticompetitivo como resultado de un acuerdo ya en operación, entonces, si no existen beneficios capaces de contrarrestar el daño anticompetitivo, las Agencias impugnan esos acuerdos sin un análisis detallado del mercado.*

*Si la examinación inicial de la naturaleza del acuerdo indica posibles preocupaciones competitivas, pero el acuerdo no es uno que sería impugnado sin un análisis detallado del mercado, las Agencias analizan el acuerdo con mayor profundidad. Las Agencias típicamente definen los mercados relevantes y calculan las participaciones de mercado y concentración como un paso inicial al analizar si el acuerdo puede crear o incrementar el poder de mercado o facilita su ejercicio.*

*Las Agencias examinan el grado en el cual los participantes y la colaboración tienen la habilidad e incentivo para competir de manera independiente. Las Agencias también evalúan otras circunstancias del mercado como por ejemplo, facilidad de entrada, que podría crear o prevenir daños anticompetitivos.*

*Si la examinación de esos factores no indica ningún potencial de daño anticompetitivo, las Agencias finalizan la investigación sin considerar beneficios pro-competitivos. Si la investigación indica daño anticompetitivo, las Agencias examinan si el acuerdo relevante es razonablemente necesario para alcanzar los beneficios pro-competitivos que podrían contrarrestar los daños anticompetitivos”<sup>39</sup>.*

La regla de la razón y la regla *per se* de los Estados Unidos implementan la racionalidad que la mayoría de las naciones que cuentan con una legislación en materia de competencia económica utiliza para castigar o permitir los acuerdos entre competidores.

En Europa, no tienen una legislación con disposiciones tan generales como las del *Sherman Act*, sin embargo, sí aplican la misma racionalidad contenida en la regla de la razón y la regla *per se* de los Estados Unidos. La disposición europea aplicable a los acuerdos entre competidores se encuentra en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, específicamente en el artículo 101.

---

<sup>39</sup> *Íbid.*, 4.

El artículo 101, mismo que se encuentra en el título VII de las Normas Comunes Sobre Competencia, Fiscalidad y Aproximación de las Legislaciones; Capítulo 1 de las Normas Sobre Competencia; Sección Primera de las Disposiciones Aplicables a las Empresas, establece lo siguiente:

*“Artículo 101.*

*1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:*

*a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*

*b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*

*c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*

*d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*

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

*2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.*

*3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:*

*— cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,*

*— cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,*

*— cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:*

*a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;*

*b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate<sup>40</sup>.*

Asimismo, la Unión Europea también emitió unos lineamientos o directrices similares a aquellos emitidos por la FTC y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos; dichos lineamientos llevan el nombre de “Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal” (en adelante las “Directrices Europeas”).

---

<sup>40</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Artículo 101.



En las Directrices Europeas se establece que:

*“La evaluación con arreglo al artículo 101 consta de dos fases. La primera, de conformidad con el apartado 1 de dicho artículo, evalúa si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros tiene un objeto contrario a la competencia o unos efectos reales o potenciales restrictivos de la competencia. La segunda fase, de conformidad con el artículo 101, apartado 3, que solo llega a ser pertinente cuando se concluye que un acuerdo es restrictivo de la competencia al tenor del artículo 101, apartado 1, consiste en determinar los beneficios para la competencia de ese acuerdo y en evaluar si esos efectos favorables a la competencia compensan los efectos restrictivos de la competencia. Los efectos contrarios a la competencia y los favorables se sopesan exclusivamente en el marco del artículo 101, apartado 3. En caso de que los efectos favorables no compensen una restricción a la competencia, el artículo 101, apartado 2, establece que el acuerdo será nulo de pleno derecho”<sup>41</sup>.*

Así, podemos ver que en la primera fase prevista en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se establece la aplicación de una regla *per se*, mientras que en la segunda fase se incluye la posibilidad de aplicar una regla de la razón a cualquier colaboración entre competidores que se realice dentro de la Unión Europea.

---

<sup>41</sup> Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (Comisión Europea: Diario Oficial de la Unión Europea, 2011) 7.

A manera de resumen, podemos concluir que cuando una autoridad de competencia, ya sea en Estados Unidos o en la Unión Europea, se encuentra frente a un acuerdo entre competidores tiene dos opciones: aplicar la regla *per se*, como regla general, o aplicar la regla de la razón.

Como mencionábamos anteriormente, la regla *per se* es una regla que actualiza un supuesto de ilegalidad: si una autoridad en materia de competencia económica aplica la regla *per se*, es porque determinó que se encuentra ante una práctica cuyo objeto es restringir la competencia de manera injustificada y que solo perjudicará al consumidor ya sea elevando los precios o reduciendo la oferta del producto en cuestión, por lo que es tildada de ilegal y sancionada de manera acorde sin entrar a un análisis de sus posibles efectos.<sup>42</sup>

Por otro lado, la regla de la razón consiste en aplicar un análisis de razonabilidad al momento de examinar un acuerdo entre competidores, con el objetivo de determinar si la colaboración en

---

<sup>42</sup> Los Lineamientos, en su sección relativa a Acuerdos castigados como Ilegales Per Se, establecen que: “[l]os acuerdos de un tipo que siempre o casi siempre tienden a elevar precios o a reducir la oferta son ilegales per se. Las Agencias impugnan tales acuerdos una vez identificados como ilegales per se. Tipos de acuerdos que han sido impugnados como ilegales per se incluyen acuerdos entre competidores para fijar precios u oferta, manipular licitaciones, o dividir mercados al repartirse clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio. Las cortes conclusivamente presumen que tales acuerdos, una vez identificados, son ilegales, sin analizar sus posibles propósitos de negocios, daños anticompetitivos, beneficios pro-competitivos, o en general efectos competitivos” *Antitrust Guidelines for Collaboration among Competitors* (Federal Trade Commission; U.S. Department of Justice: Estados Unidos, 2000), 3.

cuestión está razonablemente relacionada con el objetivo de la integración económica o negocio y si es razonablemente necesaria para obtener los beneficios pro-competitivos de los que se trate.

Aunado a lo anterior y como ya lo anticipábamos al revisar los Lineamientos, el análisis de la regla de la razón se concentra en analizar el estado de la competencia antes de que surtiera efectos la colaboración y después de que lo hiciera, evaluando si la colaboración en concreto daña o existen altas probabilidades de que dañe a la competencia, así como si dicha colaboración es accesoria al objeto principal del negocio en cuestión y necesaria para obtener sus beneficios o efectos pro-competitivos.

En este orden de ideas, la regla de la razón, en principio, se aplica siempre que la colaboración en cuestión es accesoria a un objeto lícito, es decir, cuando la colaboración está razonablemente relacionada con dicho objeto y cuando dicha colaboración es razonablemente necesaria para obtener los beneficios pro-competitivos derivados del objeto lícito principal.

El análisis de la regla de la razón consiste en realizar un análisis fáctico de los posibles efectos pro-competitivos del acuerdo en cuestión. Su enfoque y detalle dependen de la naturaleza del acuerdo y

de las circunstancias del mercado, siempre a criterio de la autoridad en cuestión.<sup>43</sup>

#### 4. Casos.

Hasta ahora hemos analizado lo que las principales legislaciones y doctrina en materia de competencia económica nos dicen respecto a cuál es el objetivo de una legislación en materia de competencia económica, y cómo se traduce dicho objetivo en el tratamiento de los acuerdos entre competidores. En la siguiente sección se analiza brevemente cómo se aplican estos principios en casos concretos de Estados Unidos y México.

Sobre el particular, el objetivo del análisis de los siguientes casos prácticos no es identificar o entrar demasiado en los detalles del análisis sustantivo de cada caso particular; sino más bien establecer cuál fue la metodología utilizada por las autoridades al momento de aplicar los principios teóricos que se acaban de analizar a los acuerdos entre competidores y compararlo con el caso mexicano.

Asimismo, vale la pena mencionar que los casos analizados se centran en el análisis de acuerdos y/o colaboraciones entre competidores en Estados Unidos y México

---

<sup>43</sup>*Íbid.*, 4.

ya que, como fue referido, el análisis que se utiliza en los Estados Unidos es sustancialmente similar al de la Unión Europea.

La metodología utilizada para analizar los casos a continuación fue: 1) realizar una revisión bibliográfica general en torno a los mismos; 2) sintetizar de manera breve los hechos del caso; 3) analizar cuál fue el razonamiento de la autoridad en torno al acuerdo o colaboración entre competidores al momento de tomar su decisión y 4) especificar la relevancia del caso en cuestión. Sin más, los casos a analizar son los siguientes:

- a) Addyston Pipe and Steel Co. Vs Estados Unidos (1899)

**Hechos:** Addyston Pipe & Steel Company, Dennis Long & Company, Howard-Harrison Iron Company, Anniston Pipe & Foundry Company, South Pittsburg Pipe Works y Chattanooga Foundry & Pipe Works, eran 6 empresas dedicadas a la fabricación, venta y transporte de tubos de hierro que en 1894 decidieron celebrar un contrato en el cual acordaban que no habría competencia entre ellas en un territorio que abarcaba alrededor de 36 Estados<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Addyston Pipe & Steel Co. vs. Estados Unidos, 175.

Básicamente, el acuerdo consistía en coordinar posturas en licitaciones en un territorio determinado con el objetivo de repartirse la manufactura y venta de tubos de hierro a los distintos gobiernos estatales y municipales, determinando un precio fijo y estableciendo también una especie de prima que se repartía entre todos con base en las toneladas vendidas a cada Estado.

El procedimiento se inició en nombre del gobierno de los Estados Unidos con fundamento en el *Sherman Act*, alegando la aplicación de la regla *per se* en tanto la coordinación de posturas en licitaciones es una restricción al comercio.

**Razonamiento de la autoridad:** el tribunal de primera instancia desestimó la petición en favor de las empresas, sin embargo la Corte de Apelación del Sexto Circuito de los Estados Unidos revirtió dicha decisión.

La Corta de Apelación argumentó que, si bien es cierto que el *Sherman Act* no pretende prohibir absolutamente todas las restricciones al comercio, sí pretende prohibir aquellos acuerdos o contratos que impongan restricciones al comercio que no son razonables.

En este sentido, la Corte de Apelación desarrolló su argumento agregando que ciertas restricciones razonables al comercio estaban permitidas en la medida en que la restricción en cuestión fuera accesoria (*Ancillary Restraint*) al objeto principal legítimo del contrato y, al mismo tiempo, necesaria para que las partes de dicho acuerdo disfruten de los beneficios del mismo y/o aseguren el uso adecuado de dichos beneficios.

En el caso concreto, la Corte de Apelaciones concluyó que el principal objeto del acuerdo celebrado entre las empresas fabricantes de tubos era efectivamente restringir el comercio y fijar precios, por lo tanto, dicho acuerdo era ilegal.

Posteriormente el caso llegó a la Suprema Corte de los Estados Unidos, donde las empresas argumentaban, entre otras cosas, que el objeto de su asociación no era elevar los precios más de lo razonable, sino prevenir competencia que los llevaría a la quiebra y que hubiera llevado los precios a un punto mucho más bajo del razonable.

La Suprema Corte de los Estados Unidos rechazó todos los argumentos de las empresas y confirmó el criterio establecido por la Corte de Apelaciones en el sentido de que el acuerdo entre competidores en cuestión era una clara restricción al comercio (fijación de precios) y tampoco cumplía con los requisitos de ser accesoria y necesaria a un objeto lícito.

**Relevancia del caso:** éste fue el primer caso donde se establecieron como tal los principios de aplicación de una regla de la razón, mismos que siguen siendo aplicables al día de hoy.

Como lo mencionamos en la sección anterior, los principios de aplicación de la regla de la razón son, en primer lugar, que el objeto principal de la colaboración entre competidores no sea como tal una restricción al comercio, es decir, que la restricción al comercio en cuestión sea accesorias a un objeto lícito y, en segundo lugar, que dicha restricción sea necesaria para disfrutar o proteger los beneficios derivados de la colaboración.

Este caso es una de las referencias en Estados Unidos respecto la manera correcta de aplicar el *Sherman Act* y de la racionalidad que las Cortes deben utilizar al momento de aplicar una regla de la razón. Es importante tener en mente estos principios al momento de analizar el resto de los casos.

A mayor abundamiento, la también llamada doctrina de restricciones accesorias (*Ancillary Restraints Doctrine*) introducida por el Juez Taft en esta decisión, ha seguido siendo utilizada y desarrollada en otros casos:

*“Esa doctrina ‘enseña que algunos acuerdos que restringen la competencia pueden ser validos si están ‘subordinados y son colaterales a otra transacción*



*legítima y necesaria para hacer que esa transacción sea efectiva”<sup>45</sup>.*

*“Para ser accesorio, y por lo tanto exento de la regla per se, un acuerdo que elimina la competencia debe estar subordinado y ser colateral a una transacción legítima y separada. La restricción accesorio es subordinada y colateral en el sentido de que sirve para hacer a la transacción principal más efectiva en cumplir con su propósito”<sup>46</sup>.*

*“La clásica restricción ‘accesoria’ es un acuerdo por parte de un vendedor de un negocio de no competir dentro del mercado”<sup>47</sup>.*

b) Polygram Holding, INC.; Decca Music Group Limited; UMG Recordings, INC.; y Universal Music & Video Distribution Crop. Vs. FTC (2003)

**Hechos:** distintos doctrinarios en materia de competencia económica suelen referirse popularmente a este caso como el de los Tres Tenores (*Three Tenors* en inglés). Esto es porque involucra, si bien no directamente, a los populares cantantes de ópera conocidos como los Tres Tenores: José Carreras, Plácido Domingo y Luciano Pavarotti.

A efectos de simplificar la historia corporativa relevante en este caso, lo más relevante es entender que las compañías

---

<sup>45</sup> Los Angeles Memorial Coliseum Comm'n vs. NFL, 726 F.2d 1381, 1395 (Noveno Circuito, 1984). 775, 797-798.

<sup>46</sup> Rothery Storage & Van Co. vs. Atlas Van Lines, Inc., 792 F.2d 210, 224 (Circuito de D.C., 1986). 282-283.

<sup>47</sup> Business Elecs. Corp. vs. Sharp Elecs. Corp., 485 U.S. 717 (1988). 729 n.3

Polygram Holding, Decca Music Group Limited, UMG Recordings y Universal Music & Video Distribution, eran parte de un solo grupo corporativo al que nos referiremos en adelante como “Polygram”.

Por otro lado, el otro grupo corporativo que estuvo involucrado en el caso era el de Warner Music, principalmente a través de sus subsidiarias Atlantic Recording Corp. y Warner Music International.

Durante la década de los noventa, los Tres Tenores realizaron una serie de conciertos con motivo de la realización de la Copa Mundial de Fútbol de la FIFA. El primer concierto de los Tres Tenores se realizó en 1990, el segundo en 1994 y el tercero en 1998.

Los derechos de distribución del primer concierto de los Tres Tenores eran propiedad de Polygram. Por su parte, los derechos de distribución del segundo concierto eran propiedad de Warner Music. Asimismo, en 1994, Polygram tenía los derechos de grabación exclusivos de uno de los Tres Tenores, Luciano Pavarotti. No obstante, Polygram liberó de su exclusividad a Pavarotti a cambio de cierta compensación para que pudiera grabar con Warner Music.

Hasta 1998, ambas partes se habían dedicado a competir ferozmente para posicionar y vender a los consumidores los productos derivados de su respectivo concierto de los Tres Tenores (audio, video, derechos televisivos, aunque el producto principal era una película en DVD del concierto) y, por supuesto, ambas partes estaban interesadas en asegurar la distribución exclusiva de los productos derivados del tercer gran concierto de los Tres Tenores con motivo de la Copa Mundial de la FIFA de 1998.

En este orden de ideas, en 1997 Warner Music le pidió a Polygram que liberara de nuevo a Luciano Pavarotti de su exclusividad para poder continuar con la producción y distribución, en su caso, del tercer gran concierto de los Tres Tenores. Como réplica, Polygram le propuso a Warner Music que trabajaran juntos en el proyecto del tercer concierto de los Tres Tenores.<sup>48</sup>

A grandes rasgos, la colaboración entre Polygram y Warner Music con respecto al tercer concierto de los Tres Tenores de 1998 consistió en una serie de contratos que, entre otras cosas, garantizaban lo siguiente:

---

<sup>48</sup> Opinión de la Federal Trade Commission en el caso de Polygram Holding, Inc.; Decca Music Group Limited; UMG Recordings, Inc.; y Universal Music & Video Distribution Corp. por parte del Comisionado Timothy J. Muris. 28 de julio de 2003. Número de expediente: 9298, 1-10.

- a) Un pago de \$18 millones de dólares en favor de Tibor Rudas, el promotor del tercer concierto en cuestión, a cambio de los derechos de distribución del audio, video y derechos televisivos del concierto en favor de Warner Music.
- b) A su vez, la transmisión por parte de Warner Music de los derechos de explotación del concierto de los Tres Tenores de 1998 fuera de los Estados Unidos en favor de Polygram.
- c) La exclusividad en favor de Warner Music de los derechos de explotación del concierto de los Tres Tenores de 1998 dentro de los Estados Unidos.
- d) Que Polygram absorbería el 50% del costo de los \$18 millones de dólares pagados por Warner en favor de Tibor Rudas.
- e) Que Warner Music y Polygram compartirían las ganancias y/o pérdidas que se llegaren a generar del proyecto del tercer concierto de los Tres Tenores de manera equitativa.
- f) El acuerdo no incluía los derechos de explotación de los conciertos de los Tres Tenores de 1990 y 1994.

Garantizaba que cada parte podría seguir comercializando sus respectivos conciertos.

- g) Se obligaban a no comercializar un nuevo producto relacionado con los Tres Tenores al menos durante los 4 años siguientes a la comercialización del tercer concierto.
- h) Posteriormente, Warner Music y Polygram, preocupados por la posibilidad de que el tercer concierto de los Tres Tenores no fuera un éxito comercial dada la existencia de los dos conciertos anteriores, decidieron celebrar un nuevo acuerdo de no competir al que le llamaron *Moratorium Agreement*. Este acuerdo consistió en no hacer ningún descuento ni publicitar los conciertos anteriores de los Tres Tenores (1990 y 1994) durante las 10 semanas siguientes al estreno del material relacionado con el tercer concierto de 1998<sup>49</sup>.

**Razonamiento de la autoridad:** al momento de justificar si era necesario aplicar una regla de la razón en el caso concreto, la FTC determinó que no era necesario entrar a un análisis de razonabilidad ya que el *Moratorium Agreement* en

---

<sup>49</sup> *Íbid.*, 7-10.

cuestión incluía restricciones al comercio injustificadas con el objetivo de fijar precios y por lo tanto, estaban sujetas a la aplicación de la regla *per se*.

El punto fundamental en este razonamiento, de conformidad con la Opinión de la FTC en este caso, fue que los conciertos de los Tres Tenores de 1990 y 1994 no eran parte del *Joint Venture*, el cual únicamente incluía al concierto de los Tres Tenores de 1998.

En este sentido, la FTC interpretó que las restricciones a la publicidad y promociones de los conciertos de 1990 y 1994 se trataban de acuerdos para fijar precios entre 3 entidades económicas distintas, con tres productos competidores distintos: Polygram con el primer concierto de 1990, Warner Music con el concierto de 1994 y el *Joint Venture* con el concierto de 1998.

Adicionalmente, la FTC analizó brevemente si las restricciones impuestas por medio del *Moratorium Agreement* calificaban como accesorias (*Ancillary Restraints*) y eran razonablemente necesarias para la producción de eficiencias del acuerdo de no competencia.

Al respecto, la FTC determinó que, para calificar como restricciones accesorias, “un acuerdo que elimina la

competencia debe ser subordinado y colateral a una transacción separada y legítima” así como también “debe estar relacionado a la eficiencia que se busca lograr”.<sup>50</sup>

En línea con lo anterior, la FTC concluyó que las restricciones a la publicidad y promoción de los dos primeros conciertos de los Tres Tenores no podrían ser considerados como accesorias al *Joint Venture* objeto del presente caso, ya que no estaban relacionadas ni eran necesarias para lograr las eficiencias que el *Joint Venture* buscaba producir, es decir, la entrada al mercado del tercer concierto de los Tres Tenores y cualesquiera otros productos adicionales.

**Relevancia del caso:** esta decisión me pareció relevante, en primer lugar, porque muestra un caso donde competidores directos buscaron colaborar con fines que en principio podrían parecer legítimos.

En segundo lugar, porque es un caso relativamente reciente que retoma los principios de aplicación de la regla de la razón que fueron utilizados en *Addyston Pipe* y, en tercer lugar, porque deja claro que incluso en Estados Unidos, donde se tienen una serie de precedentes y reglas sólidas relativas a la aplicación de la regla de la razón y la regla *per se*, pueden llegar

---

<sup>50</sup> *Íbid.*, 47.

a darse casos donde la aplicación de dichos criterios no es tan clara.

William Kolasky y Richard Elliot criticaron fuertemente la decisión de la FTC en el presente caso argumentando que el error más grave fue que no se realizó una investigación relativa a si las partes tenían poder de mercado en el caso concreto, ni tampoco sobre si el acuerdo en cuestión perjudicaba realmente a los consumidores.

Algunos de los principales argumentos que mencionaban fueron: a) que es perfectamente razonable y legal que Warner y Polygram quisieran compartir costos y riesgo en la producción de un tercer concierto de los Tres Tenores; b) que no había ningún indicio de que tuvieran poder sustancial en el mercado y c) que el acuerdo entre competidores estaba perfectamente limitado a una periodo de 10 semanas y a productos muy específicos estrictamente relacionados con el *Joint Venture*, con la idea de lograr el objetivo planteado<sup>51</sup>.

c) *Texaco v. Dagher* (2006)

**Hechos:** *Texaco, Inc.* (en adelante “Texaco” y *Shell Oil Company* (en adelante “Shell”) son dos compañías petroleras

---

<sup>51</sup> Kolasky y Elliott, “The Federal Trade Commission’s Three Tenors Decision: Qual due fiori a un solo stello”, 51-52.



que, entre otras cosas, participan en el mercado de venta internacional de gasolina y petróleo.

En 1998, Texaco y Shell decidieron formar por medio de un *Joint Venture* una nueva empresa llamada “Equilon” para que se dedicara a comercializar sus respectivas gasolinas de marca Texaco y Shell a las estaciones de gasolina en el oeste de los Estados Unidos. Texaco y Shell sostuvieron que su colaboración en el caso concreto resultaría en hasta \$800 millones de dólares en ahorros de costos al año<sup>52</sup>.

Como consecuencia de la formación de Equilon, Texaco y Shell dejaron de competir en el oeste de los Estados Unidos. Asimismo, decidieron que Equilon vendería únicamente gasolina de las marcas Texaco y Shell, al mismo precio, y que se compartirían las utilidades y pérdidas de la empresa en la medida en que contribuyeron a la formación de Equilon. Ambas empresas siguieron compitiendo de manera normal fuera del mercado designado para la operación de Equilon.

En su momento, la formación de Equilon fue aprobada sujeta a ciertas restricciones por parte de la FTC, siguiendo la lógica aplicable a concentraciones de conformidad con la legislación de los Estados Unidos. No obstante, una vez que

---

<sup>52</sup> Texaco Inc. vs. Dagher, 369 F.3d 1108. 1111.

comenzó sus operaciones, alrededor de 23,000 dueños de gasolineras presentaron una demanda ante una Corte de Distrito de California alegando que existía un acuerdo entre competidores (Texaco y Shell) respecto del precio de sus productos, por lo que debía aplicarse la regla *per se*.

**Razonamiento de la autoridad:** la Corte de Distrito de California estimó que las decisiones relativas a precios de productos tomadas por un *Joint Venture* no eran materia de análisis bajo la regla *per se*. Asimismo, dado que los dueños de las gasolineras no habían aportado evidencia de efectos anticompetitivos como resultado de la unificación de precios, decidió en favor de Texaco y Shell.

Posteriormente, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito revirtió la decisión de la Corte de Distrito. La pregunta que se planteó la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito fue si debían establecer una excepción a la aplicación de la regla *per se* cuándo dos empresas utilizan a un *Joint Venture* para unificar su producción, pero al mismo tiempo continúan vendiendo sus respectivos productos como marcas separadas.

Para responder dicha pregunta, la Corte del Noveno Circuito analizó si el acuerdo de fijación de precios entre Texaco y Shell por medio de Equilon calificaba como accesorio (*ancillary*) y era razonablemente necesario para la generación

de eficiencias vía Equilon. En este sentido, concluyó que no era así y que dicho acuerdo era una restricción al comercio injustificada, por lo que sí estaba sujeta a la aplicación de la regla *per se*.

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos revirtió la decisión de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito ya que le pareció un error sostener que una decisión tomada entre propietarios de un *Joint Venture* (que genera eficiencias y formado en apego a la Ley) respecto de los precios de los productos comercializados por el mismo, podría estar sujeto a la aplicación de la regla *per se*.

Específicamente, la Suprema Corte de los Estados Unidos interpretó que: en primer lugar, la regla *per se* aplica únicamente a casos en donde claramente no existe ningún posible argumento de razonabilidad respecto del acuerdo en cuestión, ya que de lo contrario se debe aplicar la regla de la razón.

En el caso concreto, tanto la FTC como la propia Corte de Circuito reconocieron que el *Joint Venture* Equilon sí generaba eficiencias. En este sentido, la Corte de Circuito estaba expandiendo el ámbito de aplicación de la regla *per se* sin ningún tipo de fundamento.

En segundo lugar, determinó que la Corte de Circuito cometió un error al aplicar la doctrina de restricciones accesorias. Dicha doctrina no puede ser aplicada a este caso, ya que el acuerdo en cuestión se realizó entre agentes económicos dueños de Equilon respecto de los precios a los que dicha empresa iba a vender sus productos en un mercado donde los dueños no compiten.

En otras palabras, en el caso en cuestión, la razonabilidad a ser aplicada ya no era una de agentes económicos competidores, ya que desde el momento de creación del *Joint Venture* dichos agentes ya no estaban compitiendo en ese mercado. Texaco y Shell estaban operando como una sola entidad después de la formación de Equilon y eso incluía tomar decisiones no solo respecto del precio sino también respecto a la manufactura, inventario, transporte, refinería, investigación, etc<sup>53</sup>.

La doctrina de restricciones accesorias ha sido aplicada en otros casos de *Joint Ventures* cuando se trata de conductas y/o acuerdos realizados fuera del *Joint Venture* en cuestión.

La propia conducta de una empresa *Joint Venture* legítima creada con apego a la Ley no puede ser interpretada

---

<sup>53</sup> Piette Durrance, Christine, “Collaborations among competitors: Texaco Inc. v. Dagher”, 46-47.

como una restricción a la competencia, siempre que esté dentro del alcance del objeto para el que fue creada. Tal es el caso de la determinación de precios de sus propios productos en tanto “se trata de un aspecto integral de la operación de la empresa”<sup>54</sup>.

**Relevancia del caso:** me parece una decisión ilustrativa respecto de la correcta aplicación de la regla *per se* y también respecto de la aplicación de la doctrina de restricciones accesorias.

Como veíamos anteriormente, la fijación de precios sí es una conducta que es usualmente analizada conforme a la regla *per se*. Asimismo, Texaco y Shell sí son efectivamente competidores. Sin embargo, Texaco y Shell decidieron combinar esfuerzos y recursos para formar Equilon, con la debida autorización de la FTC y probando que existían eficiencias reales a ser obtenidas por dicho acuerdo.

En este sentido, Texaco y Shell pasaron a comportarse como una sola entidad, en un mercado geográfico determinado, a través de Equilon. Por lo tanto, en dicho mercado, Equilon tenía todo el derecho de tomar decisiones respecto a los precios de los productos que comercializaba, independientemente de si se trataba de marcas distintas.

---

<sup>54</sup> Texaco, Inc. vs. Dahger, Brief for the United States as Amicus Curiae, 29.

A partir de que se planteó la formación del *Joint Venture*, la lógica aplicable al caso, más que la disyuntiva entre una aplicación de la regla *per se* o la regla de la razón, pasó a ser la aplicable a la autorización de concentraciones.

En el mismo sentido, la aplicación de la doctrina de restricciones accesorias dejó de ser relevante en el momento en que se empezó a hablar de la determinación de un precio para un producto de un *Joint Venture*, ya que no se trataba de decisiones accesorias o que estaban fuera del ámbito de decisión del propio *Joint Venture*.

d) CNT-064-2009 (2009)

**Hechos:** Continental Airlines, Inc. (en adelante “Continental”), United Air Lines, Inc. (en Adelante “United”), Air Canada y Deutsche Lufthansa AG (en adelante “Lufthansa”), sociedades que se dedican a prestar servicios de transporte aéreo regular de pasajeros y de carga, notificaron a la COFECE su intención de realizar una concentración el 13 de octubre de 2009.

De conformidad con lo establecido por la propia COFECE: Continental, United y Air Canada realizaban vuelos

hacia México principalmente desde Estados Unidos y Canadá, mientras que Lufthansa hacía lo propio desde Alemania.<sup>55</sup>

Dichas empresas solicitaron la aprobación de una concentración para constituir una alianza comercial o asociación a nivel internacional en lo que se refiere a vuelos trasatlánticos. La COFECE autorizó dicha concentración, con el voto disidente del en ese entonces Comisionado, Miguel Flores Bernés.

**Razonamiento de la autoridad:** el Pleno de la COFECE estimó que:

*“La alianza comercial prácticamente no modifica el estado de las operaciones de los involucrados en el territorio nacional, en virtud de que las empresas no son competidoras en rutas directas. Así, el efecto de la operación es prácticamente nulo en México. La alianza podría tener efectos en algunas rutas trasatlánticas con escalas en las que los agentes coinciden. Sin embargo, esta Comisión determinó que es poco probable que se produzca una afectación a la competencia y libre concurrencia, en virtud de que en este tipo de rutas existen múltiples opciones para los usuarios”<sup>56</sup>.*

El Pleno de la COFECE autorizó la concentración por mayoría de votos con el voto en contra de los Comisionados Dr.

---

<sup>55</sup> Secretaría Ejecutiva de la Comisión Federal de Competencia Económica, Oficio No. SE-10-096-2009-681, Expediente No. CNT-064-2009, 1.

<sup>56</sup> *Íbid.*

José Agustín Navarro Gergely y Miguel Flores Bernés, quien emitió su voto particular.

El voto particular del Comisionado Flores Bernés, entre otras razones, menciona que:

*“[L]a operación notificada no es una concentración, ya que no encuadra en lo señalado por el artículo 16 de la LFCE” (...) la operación notificada ante esta Comisión no sólo no es una concentración, sino que además constituye un acuerdo entre competidores que tiene por objeto y efecto fijar precios y segmentar los mercados. Lo anterior, en virtud de que el propósito de la operación es la ejecución de un acuerdo de asociación entre los agentes económicos que participan en la operación”.*

Aunado a lo anterior, el Comisionado argumenta que:

*“[E]l hecho de que la Comisión otorgue una autorización a este tipo de operaciones, utilizando erróneamente como fundamento de su actuación disposiciones de la LFCE que regulan concentraciones entre agentes económicos, podría tener como consecuencia que cualquier grupo de competidores pretendan formalizar sus acuerdos colusivos o carteles ante esta autoridad administrativa argumentando que se trata de concentraciones y no de prácticas monopólicas absolutas”.*

Asimismo, el Comisionado expuso que, si bien la operación en cuestión fue aprobada por el Departamento de Transporte de los Estados Unidos, quien a su vez les otorgó una



inmunidad en términos de competencia económica, la legislación mexicana no contempla este tipo de exenciones.

El voto particular de Miguel Flores Bernés argumenta que no sólo no existe un fundamento jurídico para autorizar esta operación, sino que el acuerdo en cuestión podría tener “efectos perniciosos en la competencia y libre concurrencia de los mercados involucrados”, citando incluso una opinión en contra de autorizar la inmunidad otorgada por el Departamento de Transporte de la División de Competencia Económica del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y que el Pleno de la COFECE no se pronunció respecto de ninguno de estos temas.

**Relevancia del caso:** esta decisión y especialmente el voto particular del Comisionado Miguel Flores Bernés son sumamente relevantes ya que, por un lado, evidencian que la COFECE ha autorizado acuerdos entre competidores que no son concentraciones con el procedimiento de evaluación de concentraciones, al menos desde el año 2009.

Por otro lado, porque es un documento oficial donde uno de los principales funcionarios de la COFECE, estaba señalando claramente que no existe un fundamento legal para autorizar este tipo de acuerdos entre competidores y que hacerlo abre la puerta a la inseguridad jurídica.

Me parece aún más relevante porque ésta decisión se emitió con una ley anterior a la que tenemos vigente hoy. Como mencionábamos antes, hubo una reforma integral a la legislación en materia de Competencia Económica, misma que se publicó el 23 de mayo de 2014: 5 años después del voto particular de Manuel Flores Bernés.

Aunado a lo anterior, el 19 de noviembre del 2014 el señor Gilberto López Meyer, Director General de Aeronáutica Civil de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes solicitó la opinión de la COFECE respecto a: (i) la posibilidad de que las aerolíneas mexicanas celebren alianzas estratégicas con aerolíneas extranjeras, y (ii) la existencia de algún mecanismo previsto en la LFCE a través del cual dichas alianzas pudieran ser analizadas y, en su caso, aprobadas por la COFECE.

La COFECE dio respuesta a dicha solicitud por medio del acuerdo No. CFCE-275-2014 el día 27 de noviembre de 2014. En el citado acuerdo el Pleno de la COFECE determinó, por unanimidad de votos, que una alianza entre aerolíneas puede ser analizada conforme al procedimiento de notificación de concentraciones si actualiza los supuestos previstos en el artículo 61 de la LFCE.

Asimismo, que suponiendo que se tratara de una concentración, debería ser notificada ante la COFECE con

independencia de si supera los umbrales a los que se refiere el artículo 86 de la LFCE y, finalmente, que la supuesta concentración, en su caso, podría ser autorizada, no autorizada o condicionada.

En este orden de ideas, la COFECE sigue autorizando acuerdos entre competidores por medio del mecanismo de evaluación de concentraciones sin tener ni un fundamento jurídico claro para hacerlo ni tampoco herramientas como la regla de la razón o la regla *per se* para evaluarlos.

e) CNT-058-2016 (2017)

**Hechos:** G500 es una Sociedad Anónima Promotora de Inversión de Capital Variable conformada por 53 sociedades mexicanas y una persona física que se dedican principalmente a la comercialización al menudeo de gasolinas y diésel, aceites, lubricantes, refacciones, partes y otros accesorios para vehículos en estaciones de servicio.

El 9 de junio de 2016, G500, S.A.P.I. de C.V. (en adelante “G500”) notifico a la COFECE su intención de realizar una concentración de conformidad con la LFCE y demás disposiciones aplicables.

La concentración notificada consistió en un acuerdo entre competidores, concretamente en la formación de un club

de compras mediante la integración de los 54 socios operadores de estaciones de servicio que conforman G500 y que “tiene como finalidad lograr una mejor capacidad de negociación y economías de escala respecto a la compra de combustibles y otros productos, así como buscar eficiencias potenciales en la logística de compra, transporte y almacenamiento de combustibles y otros productos”.<sup>57</sup>

En principio, G500 y los 54 socios participan de manera conjunta en la compra al mayoreo de combustibles y otros productos, utilizando una marca comercial común como referente en la industria. No obstante, los 54 socios seguirán participando de manera individual en la comercialización de combustibles y los demás productos en cuestión.

**Razonamiento de la autoridad:** la COFECE determinó que actualmente los socios participantes en G500 no tenían poder sustancial en el mercado de compraventa de combustibles, y que el acuerdo en cuestión no iba a proporcionarles el mismo.

Asimismo, que actualmente PEMEX era el único proveedor y que la regulación en materia de hidrocarburos sujeta a PEMEX a obligaciones de no discriminación para los

---

<sup>57</sup> Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, Resolución, Expediente No. CNT-058-2016, 11.

participantes del mercado y que las utilidades de la venta de otros productos automotrices en las estaciones de servicio en cuestión representaba una proporción marginal de las ventas totales, por lo que no era necesario profundizar en sus efectos.

Finalmente, que de conformidad con lo señalado por G500, ni los socios actuales, ni los potenciales, tendrían acceso a información detallada entre ellos y que en ese momento se encontraban desarrollando salvaguardas para evitar el posible intercambio de información entre competidores.

Por todo lo anterior, la COFECE concluyó que la concentración materia del presente caso no actualizaba ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 64 de la LFCE, por lo que no tendría efectos anticompetitivos.

Finalmente, la COFECE aclaró que sí podía pronunciarse respecto de los efectos competitivos de realizar el club de compra G500 entre los 54 socios que presentaron la solicitud, pero que en caso de incorporarse socios adicionales no podía asegurar a ciencia cierta que no existieran efectos anticompetitivos.

En este sentido, aceptó una propuesta de condiciones proporcionada por los socios de G500 que, entre otras cosas, aseguraba que solicitarían autorización a la COFECE en caso de

querer incorporar nuevos socios de forma que estuviera en posibilidades de identificarlos y de realizar el análisis correspondiente.

Una vez dicho lo anterior, la COFECE autorizó el acuerdo entre competidores para conformar el club de compra G500 como una concentración el 9 de marzo del 2017.

En el comunicado de prensa relativo a este caso, la COFECE declaró que:

*“Este tipo de acuerdos entre competidores pueden ser lícitos y perseguir objetivos que son deseables en un mercado en competencia, tales como: (i) reducir costos, lo que podría trasladarse en favor de los consumidores; (ii) mejorar la proveeduría de insumos, las condiciones de logística y la tecnología empleada en la industria; y (iii) ampliar la oferta de estos combustibles. Sin embargo, estos mecanismos también pueden favorecer condiciones de simetría en precios, conductas coordinadas entre competidores, generar la manipulación de precios y/o provocar niveles de concentración indebidos.*

*En este sentido, la Comisión considera que las figuras de asociación que emprendan estos grupos deben ser analizados como una concentración conforme a lo previsto en la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), con el objeto de ponderar su posible impacto en las condiciones de competencia que prevalecen en los mercados de estos combustibles. Por ello, les recomienda que notifiquen cualquier modelo de comercialización que decidan llevar a cabo cuando la*

*transacción actualice cualquiera de los umbrales previstos en la Ley*

*En los casos en que estos esquemas no rebasen dichos umbrales, se recomienda que los agentes económicos involucrados notifiquen voluntariamente la concentración ante la COFECE antes de realizarla, a efecto de evaluar su posible impacto en el proceso de competencia y evitar el inicio de investigaciones por concentraciones ilícitas o prácticas monopólicas.”<sup>58</sup>.*

**Relevancia del caso:** me parece un caso particularmente relevante para efectos del presente trabajo de investigación, porque es un caso actual que comprueba, sin lugar a dudas, que la COFECE utiliza el procedimiento de autorización de concentraciones para autorizar colaboraciones entre competidores en México.

Parecería ser que los socios optaron por constituir a G500 ya que es un vehículo jurídicamente sólido para acceder al procedimiento de notificación de concentraciones y, dados los precedentes que han sido establecidos por la COFECE recientemente, la única manera de obtener autorización para colaborar con tus competidores.

---

<sup>58</sup> COFECE autoriza parcialmente club de compras entre operadores de estaciones de servicio y crea mecanismo expedito para incorporar nuevos socios. Comunicado de prensa de la COFECE, 22 de marzo de 2017, Ciudad de México. <https://www.cofece.mx/cofece/index.php/prensa/historico-de-noticias/nuevo-comunicado-g-500>

A manera de ejemplo, el mismo acuerdo podría haber sido concretado por medio de un contrato de colaboración entre los socios. Sin embargo, no existe un precedente de que podrían haber sometido a revisión un contrato de colaboración entre competidores a la COFECE sin el riesgo de someterse a una investigación de PMA.

Asimismo, de lo declarado por la propia COFECE en su comunicado de prensa, no solo queda claro que están consientes de que han institucionalizado el procedimiento de notificación de concentraciones como el método idóneo para analizar colaboraciones entre competidores, sino también que obligan incluso a aquellos que no sobrepasan los umbrales de dicho procedimiento a someterse al mismo, para así “evitar el inicio de investigaciones por concentraciones ilícitas o prácticas monopólicas”.

Me parece que del análisis de este caso es evidente, por un lado, que sí se utiliza el procedimiento de notificación de concentraciones para analizar colaboraciones entre competidores y, por otro lado, que al obligar a cualquier agente que quiera celebrar este tipo de colaboraciones a notificar, podemos sostener que sí existe una carga procesal importante obligatoria para el análisis de cualquier colaboración.



#### **IV. La regulación de los acuerdos entre competidores en México**

A manera de recapitulación, podemos decir que: 1) conforme al objetivo que suelen tener las legislaciones en materia de competencia económica, no todas las colaboraciones entre competidores deberían ser sancionadas; 2) hemos analizado algunos casos relevantes en materia de colaboraciones entre competidores donde los tribunales aplicaron la regla de la razón o la regla *per se* al momento de analizarlos; y 3) parecería ser que dichas reglas no son utilizadas de la misma forma en México.

Una vez dicho lo anterior, analizaremos más a fondo la legislación mexicana actual para, en su caso, determinar específicamente cuál es la racionalidad aplicable a las colaboraciones entre competidores en México.

##### **1. Prácticas Monopólicas Absolutas.**

En México se reformó recientemente la legislación aplicable en materia de competencia económica. Específicamente, la LFCE actual entró en vigor el 23 de mayo de 2014.

Dicha Ley está dividida en tres secciones: el Libro Primero, de la Organización y Funcionamiento; el Libro Segundo, de las Conductas Anticompetitivas y el Libro Tercero, de los Procedimientos.

Las PMA están reguladas en el Libro Segundo, de las Conductas Anticompetitivas, Título Único, de las Conductas Anticompetitivas y Capítulo II, de las Prácticas Monopólicas Absolutas.

La única regulación promulgada en forma de Ley que existe actualmente en México respecto de acuerdos entre competidores es la relativa al Capítulo II, de las Prácticas Monopólicas Absolutas y un artículo en el Código Penal Federal.

Específicamente, el artículo 53 de dicho capítulo II establece lo siguiente:

*“Artículo 53. Se consideran ilícitas las prácticas monopólicas absolutas, consistentes en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes:*

*I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;*

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

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

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

*V. Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones.*

*Las prácticas monopólicas absolutas serán nulas de pleno derecho, y en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno y los Agentes Económicos que incurran en ellas se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta Ley, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que, en su caso, pudiere resultar.”<sup>59</sup>*

Este artículo y el artículo 254 bis<sup>60</sup> del Código Penal Federal, son la única mención que existe respecto de acuerdos entre

---

<sup>59</sup> Artículo 53, Ley Federal de Competencia Económica.

<sup>60</sup> **Artículo 254 bis.** Se sancionará con prisión de cinco a diez años y con mil a diez mil días de multa, a quien celebre, ordene o ejecute contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

**I.** Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;

competidores en la legislación mexicana. Como podemos ver y de manera similar al primer apartado del artículo 101 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, cubre perfectamente los acuerdos entre competidores con efectos anticompetitivos y la aplicación de la regla *per se*.

---

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

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

**IV.** Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas, y Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones.

**V.** Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones.

El delito previsto en este artículo se perseguirá por querrela de la Comisión Federal de Competencia Económica o del Instituto Federal de Telecomunicaciones, según corresponda, la cual sólo podrá formularse con el dictamen de probable responsabilidad, en los términos de lo dispuesto en la Ley Federal de Competencia Económica.

No existirá responsabilidad penal para los agentes económicos que se acojan al beneficio a que se refiere el artículo 103 de la Ley Federal de Competencia Económica, previa resolución de la Comisión Federal de Competencia Económica o del Instituto Federal de Telecomunicaciones que determine que cumple con los términos establecidos en dicha disposición y las demás aplicables.

Los procesos seguidos por este delito se podrán sobreseer a petición del Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica o del Instituto Federal de Telecomunicaciones, cuando los procesados cumplan las sanciones administrativas impuestas y, además se cumplan los requisitos previstos en los criterios técnicos emitidos por la Comisión Federal de Competencia Económica o el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad a que se refiere el primer párrafo de este artículo.

No obstante, ni ese artículo ni ningún otro de los artículos contenidos en la LFCE hacen referencia a colaboraciones entre competidores con efectos pro-competitivos.

2. La práctica en México respecto de colaboraciones entre competidores con efectos benéficos para la competencia.

Dado que en México no existe en la LFCE la posibilidad de analizar colaboraciones entre competidores con efectos pro-competitivos y/o la aplicación de una regla de la razón en materia de colaboraciones entre competidores, la práctica es que cuando las hay, se notifican por medio del procedimiento de notificación de concentraciones contemplado en el artículo 63 de la LFCE.

Para efectos de entender ese procedimiento, es importante analizar los siguientes artículos de la citada Ley:

*“Artículo 61. Para los efectos de esta Ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión no autorizará o en su caso investigará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.*

*Artículo 62. Se consideran ilícitas aquellas concentraciones que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica.*

*Artículo 63. Para determinar si la concentración no debe ser autorizada o debe ser sancionada en los términos de esta Ley, se considerarán los siguientes elementos:*

*I. El mercado relevante, en los términos prescritos en esta Ley;*

*II. La identificación de los principales agentes económicos que abastecen el mercado de que se trate, el análisis de su poder en el mercado relevante, de acuerdo con esta Ley, el grado de concentración en dicho mercado;*

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

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

*V. Los elementos que aporten los agentes económicos para acreditar la mayor eficiencia del mercado que se lograría derivada de la concentración y que incidirá*

*favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia, y*

*VI. Los demás criterios e instrumentos analíticos que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias y los criterios técnicos.*

*Artículo 86. Las siguientes concentraciones deberán ser autorizadas por la Comisión antes de que se lleven a cabo:*

*I. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, independientemente del lugar de su celebración, importen en el territorio nacional, directa o indirectamente, un monto superior al equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal;*

*II. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, impliquen la acumulación del treinta y cinco por ciento o más de los activos o acciones de un Agente Económico, cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional importen más del equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, o*

*III. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen impliquen una acumulación en el territorio nacional de activos o capital social superior al equivalente a ocho millones cuatrocientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal y en la concentración participen dos o más Agentes Económicos cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional conjunta o separadamente, importen más de cuarenta y*

*ocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal.*

*Los actos realizados en contravención a este artículo no producirán efectos jurídicos, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de los Agentes Económicos y de las personas que ordenaron o coadyuvaron en la ejecución, así como de los fedatarios públicos que hayan intervenido en los mismos.*

*Los actos relativos a una concentración no podrán registrarse en los libros corporativos, formalizarse en instrumento público ni inscribirse en el Registro Público de Comercio hasta que se obtenga la autorización favorable de la Comisión o haya transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 90, fracción V, sin que el Pleno haya emitido resolución.*

*Los Agentes Económicos involucrados que no se encuentren en los supuestos establecidos en las fracciones I, II y III de este artículo podrán notificarla voluntariamente a la Comisión.*

*Artículo 87. Los Agentes Económicos deben obtener la autorización para realizar la concentración a que se refiere el artículo anterior antes de que suceda cualquiera de los siguientes supuestos:*

*I. El acto jurídico se perfeccione de conformidad con la legislación aplicable o, en su caso, se cumpla la condición suspensiva a la que esté sujeto dicho acto;*

*II. Se adquiriera o se ejerza directa o indirectamente el control de hecho o de derecho sobre otro Agente Económico, o se adquirieran de hecho o de derecho activos, participación en fideicomisos, partes sociales o acciones de otro Agente Económico;*



*III. Se lleve al cabo la firma de un convenio de fusión entre los Agentes Económicos involucrados, o*

*IV. Tratándose de una sucesión de actos, se perfeccione el último de ellos, por virtud del cual se rebasen los montos establecidos en el artículo anterior.*

*Las concentraciones derivadas de actos jurídicos realizados en el extranjero, deberán notificarse antes de que surtan efectos jurídicos o materiales en territorio nacional.*

*Artículo 88. Están obligados a notificar la concentración los Agentes Económicos que participen directamente en la misma.*

*Cuando no puedan notificar los directamente involucrados, sea por una imposibilidad jurídica o de hecho y así lo acrediten ante la Comisión, o en el caso previsto en el artículo 92 de esta Ley, podrán hacerlo el fusionante, el que adquiera el control de las sociedades o asociaciones, o el que pretenda realizar el acto o producir el efecto de acumular las acciones, partes sociales, participación en fideicomisos o activos objeto de la transacción.*

*En su escrito de notificación los notificantes deberán nombrar a un representante común, salvo que, por causa debidamente justificada, no puedan hacerlo. En caso de que no presenten causa justificada para abstenerse de nombrar al representante común, la Comisión lo designará de oficio.*

*Los involucrados en la transacción deben abstenerse de intercambiar información que pueda dar lugar a hechos que sean objeto de sanción en términos de esta Ley.*

*Artículo 89. La notificación de concentración se hará por escrito y deberá contener y acompañar:*

*I. Nombre, denominación o razón social de los Agentes Económicos que notifican la concentración y de aquéllos que participan en ella directa e indirectamente;*

*II. En su caso, nombre del representante legal y el documento o instrumento que contenga las facultades de representación de conformidad con las formalidades establecidas en la legislación aplicable. Nombre del representante común y domicilio para oír y recibir notificaciones y personas autorizadas, así como los datos que permitan su pronta localización;*

*III. Descripción de la concentración, tipo de operación y proyecto del acto jurídico de que se trate, así como proyecto de las cláusulas por virtud de las cuales se obligan a no competir en caso de existir y las razones por las que se estipulan;*

*IV. Documentación e información que expliquen el objetivo y motivo de la concentración;*

*V. La escritura constitutiva y sus reformas o compulsas, en su caso, de los estatutos de los Agentes Económicos involucrados;*

*VI. Los estados financieros del ejercicio inmediato anterior de los Agentes Económicos involucrados;*

*VII. Descripción de la estructura del capital social de los Agentes Económicos involucrados en la concentración, sean sociedades mexicanas o extranjeras, identificando la participación de cada socio o accionista directo e indirecto, antes y después de la*

*concentración, y de las personas que tienen y tendrán el control;*

*VIII. Mención sobre los Agentes Económicos involucrados en la transacción que tengan directa o indirectamente participación en el capital social, en la administración o en cualquier actividad de otros Agentes Económicos que produzcan o comercialicen bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados con los bienes o servicios de los Agentes Económicos participantes en la concentración;*

*IX. Datos de la participación en el mercado de los Agentes Económicos involucrados y de sus competidores;*

*X. Localización de las plantas o establecimientos de los Agentes Económicos involucrados, la ubicación de sus principales centros de distribución y la relación que éstos guarden con dichos Agentes Económicos;*

*XI. Descripción de los principales bienes o servicios que produce u ofrece cada Agente Económico involucrado, precisando su uso en el mercado relevante y una lista de los bienes o servicios similares y de los principales Agentes Económicos que los produzcan, distribuyan o comercialicen en el territorio nacional, y*

*XII. Los demás elementos que estimen pertinentes los Agentes Económicos que notifican la concentración para el análisis de la misma.*

*Los documentos a que se refiere la fracción II anterior, se presentarán ya sea en testimonio notarial o copia certificada.*

*Artículo 90. Para el desahogo del procedimiento de notificación, se estará a lo siguiente:*

*I. Cuando la notificación no reúna los requisitos a que se refieren las fracciones I a XII del artículo anterior, la Comisión, dentro de los diez días siguientes al de la presentación del escrito, deberá prevenir a los notificantes para que, en un término que no exceda de diez días, presenten la información faltante. Dicho plazo podrá ser prorrogado a solicitud del notificante en casos debidamente justificados;*

*II. En caso de no desahogarse la prevención dentro del término previsto en la fracción anterior, la Comisión, dentro de los diez días siguientes al vencimiento del plazo, emitirá y notificará el acuerdo mediante el cual determine la no presentación de la notificación de concentración;*

*III. La Comisión podrá solicitar datos o documentos adicionales dentro de los quince días siguientes, contados a partir de la recepción de la notificación, mismos que los interesados deberán proporcionar dentro del mismo plazo, el que podrá ser ampliado en casos debidamente justificados por el solicitante.*

*La Comisión puede requerir la información adicional que estime necesaria para el análisis de la concentración. Cuando no se presente la información adicional en el plazo previsto en el párrafo anterior, se tendrá por no notificada la concentración, debiendo la Comisión emitir y notificar al promovente el acuerdo respectivo dentro de los diez días siguientes al vencimiento de dicho plazo.*

*La Comisión puede requerir información adicional a la señalada a otros Agentes Económicos relacionados con*

*la concentración, así como a cualquier persona, incluyendo los notificantes y cualquier Autoridad Pública los informes y documentos que estime relevantes para realizar el análisis de las concentraciones en términos de este Título, sin que ello signifique que les dé el carácter de parte en el procedimiento.*

*Los requerimientos señalados en el párrafo anterior no suspenderán los plazos para resolver la notificación. Los requeridos deberán presentar la información solicitada dentro de los diez días siguientes a la notificación del requerimiento, los cuales podrán prorrogarse por un plazo igual a solicitud del requerido y cuando éste lo justifique;*

*IV. Transcurridos los términos a que se refieren las fracciones I y III anteriores, sin que la Comisión emita y notifique el acuerdo que tenga por no notificada una concentración, el procedimiento continuará su trámite;*

*V. Para emitir su resolución, la Comisión tendrá un plazo de sesenta días, contado a partir de la recepción de la notificación o, en su caso, de la documentación adicional solicitada. Concluido el plazo sin que se emita resolución, se entenderá que la Comisión no tiene objeción en la concentración notificada.*

*En las concentraciones en que la Comisión considere que existen posibles riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia, ésta lo comunicará a los notificantes, al menos con diez días de anticipación a la fecha en que se liste el asunto a efecto de que éstos pudieren presentar condiciones que permitan corregir los riesgos señalados.*

*La resolución de la Comisión podrá autorizar, objetar o sujetar la autorización de la concentración al cumplimiento de condiciones destinadas a la prevención de posibles efectos contrarios a la libre competencia y al proceso de competencia que pudieran derivar de la concentración notificada;*

*VI. En casos excepcionalmente complejos, la Comisión podrá ampliar los plazos a que se refieren las fracciones III y V del presente artículo, hasta por cuarenta días adicionales;*

*VII. Para los efectos de lo dispuesto en las fracciones III y V de este artículo, se entiende recibida la notificación y emitido el acuerdo de recepción a trámite:*

*a) El día de la presentación del escrito de notificación, cuando la Comisión no hubiere prevenido a los notificantes en los términos de lo dispuesto en la fracción I de este artículo, o*

*b) El día de la presentación de la información faltante objeto de prevención, cuando la Comisión no hubiere emitido y notificado al promovente el acuerdo que tenga por no notificada la concentración en los términos de lo dispuesto en la fracción II de este artículo;*

*VIII. La resolución favorable de la Comisión no prejuzgará sobre la realización de prácticas monopólicas u otras conductas anticompetitivas que, en los términos de esta Ley, disminuyan, dañen o impidan la libre competencia o la competencia económica, por lo que no releva de otras responsabilidades a los Agentes Económicos involucrados.*

*La resolución favorable de la Comisión tendrá una vigencia de seis meses, prorrogables por una sola ocasión por causas justificadas.*

*Los notificantes podrán presentar, desde su escrito de notificación y hasta un día después de que se liste el asunto para sesión del Pleno, propuestas de condiciones para evitar que como resultado de la concentración se disminuya, dañe o se impida el proceso de competencia y libre competencia.*

*En caso de que las propuestas de condiciones no sean presentadas con el escrito de notificación, el plazo para resolver quedará interrumpido y volverá a contar desde su inicio.*

*Artículo 91. Las condiciones que la Comisión podrá establecer o aceptar de los Agentes Económicos, en términos del artículo anterior, podrán consistir en:*

*I. Llevar a cabo una determinada conducta o abstenerse de realizarla;*

*II. Enajenar a terceros determinados activos, derechos, partes sociales o acciones;*

*III. Modificar o eliminar términos o condiciones de los actos que pretendan celebrar;*

*IV. Obligarse a realizar actos orientados a fomentar la participación de los competidores en el mercado, así como dar acceso o vender bienes o servicios a éstos, o*

*V. Las demás que tengan por objeto evitar que la concentración pueda disminuir, dañar o impedir la competencia o libre competencia.*

*La Comisión sólo podrá imponer o aceptar condiciones que estén directamente vinculadas a la corrección de los efectos de la concentración. Las condiciones que se impongan o acepten deben guardar proporción con la corrección que se pretenda.*

*Artículo 92. Al hacerse la notificación de la concentración, los Agentes Económicos podrán solicitar a la Comisión expresamente que el procedimiento sea desahogado conforme a lo previsto en el presente artículo, para lo cual los Agentes Económicos solicitantes deberán presentar a la Comisión la información y elementos de convicción conducentes que demuestren que es notorio que la concentración no tendrá como objeto o efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia y la competencia económica, conforme a lo previsto en este artículo.*

*Se considerará que es notorio que una concentración no tendrá por objeto o efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia y la competencia económica, cuando el adquirente no participe en mercados relacionados con el mercado relevante en el que ocurra la concentración, ni sea competidor actual o potencial del adquirido y, además, concurra cualquiera de las circunstancias siguientes:*

*I. La transacción implique la participación del adquirente por primera vez en el mercado relevante. Para estos efectos, la estructura del mercado relevante no deberá modificarse y sólo deberá involucrar la sustitución total o parcial del Agente Económico adquirido por el adquirente;*

*II. Antes de la operación, el adquirente no tenga el control del Agente Económico adquirido y, con la transacción, aquél incremente su participación relativa*



*en éste, sin que ello le otorgue mayor poder para influir en la operación, administración, estrategia y principales políticas de la sociedad, incluyendo la designación de miembros del consejo de administración, directivos o gerentes del propio adquirido;*

*III. El adquirente de acciones, partes sociales o unidades de participación tenga el control de una sociedad e incremente su participación relativa en el capital social de dicha sociedad, o*

*IV. En los casos que establezcan las Disposiciones Regulatorias.*

*La notificación de concentración que se lleve a cabo conforme al procedimiento establecido en el presente artículo se hará por escrito y deberá contener y acompañar la información y documentación a la que se refieren las fracciones I a XII del artículo 89 de esta Ley.*

*Dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la notificación de la concentración, la Comisión emitirá el acuerdo de admisión correspondiente, o bien, en el caso del párrafo último de este artículo, ordenará su improcedencia y que el asunto se tramite conforme al artículo 90 de esta Ley.*

*El Pleno deberá resolver si la concentración cumple con el supuesto de notoriedad previsto en este artículo en un plazo no mayor a quince días siguientes a la fecha del acuerdo de admisión. Concluido el plazo sin que el Pleno de la Comisión haya emitido resolución, se entenderá que no hay objeción alguna para que se realice la concentración.*

*Cuando a juicio de la Comisión la concentración no se ubique en los supuestos previstos en las fracciones I a IV de este artículo o la información aportada por el Agente Económico sea incompleta, la Comisión emitirá un acuerdo de recepción a trámite conforme a lo previsto en el artículo 90 de esta Ley.”<sup>61</sup>*

Asimismo, en términos de las Disposiciones Regulatorias emitidas por el pleno de la COFECE, como parte del procedimiento de evaluación de concentraciones también son aplicables los artículos siguientes:

*ARTÍCULO 14. Para efectos de la fracción V del artículo 63 de la Ley, se considera que una concentración logrará una mayor eficiencia e incidirá favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia, cuando el Agente Económico demuestre que las ganancias en eficiencia del mercado que se derivarán específicamente de la concentración superarán de forma continuada sus posibles efectos anticompetitivos en dicho mercado y resultarán en una mejora al bienestar del consumidor.*

*Para efectos de lo anterior, se entenderán como ganancias en eficiencia, entre otras, las siguientes:*

*I. La obtención de ahorros en recursos que permitan producir la misma cantidad del bien a menor costo o una mayor cantidad del bien al mismo costo, sin disminuir la calidad del bien;*

---

<sup>61</sup> Artículos 61, 62 y 63 de la Ley Federal de Competencia Económica.

*II. La reducción de costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta que separadamente;*

*III. La transferencia o desarrollo de tecnología de producción;*

*IV. La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura o distribución; y*

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

*Para que estas ganancias en eficiencia sean tomadas en cuenta por la Comisión, los notificantes deben presentar análisis, estudios económicos, peritajes u otros documentos que demuestren que dichas ganancias incrementarán el bienestar del consumidor.*

*En el procedimiento a que se refiere el artículo 90 de la Ley, la documentación antes señalada puede presentarse por los notificantes, en cualquier momento y hasta dentro de los tres días siguientes contados a partir de la fecha en que se comunique a los notificantes la existencia de posibles riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia en términos del segundo párrafo de la fracción V del artículo 90 de la Ley.*

*En el caso de concentraciones ilícitas la presentación de los elementos referidos puede hacerse hasta antes de la emisión del dictamen de probable responsabilidad y, en caso de que se haya emplazado, en la contestación correspondiente.*

*La sola presentación de documentos para acreditar las ganancias en eficiencia a que se refiere este artículo no prejuzga sobre el fondo del asunto.*

*ARTÍCULO 15. Para determinar si una operación actualiza alguno de los umbrales monetarios a los que se refiere el artículo 86 de la Ley, se debe tomar la cifra que resulte más elevada entre el valor total de los activos del balance general y el valor comercial de los activos.*

*Asimismo, se debe tomar en cuenta el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal del día anterior a aquel en que se realice la notificación y, en caso de que las operaciones se pacten en dólares de los Estados Unidos de América, se debe aplicar el tipo de cambio para solventar obligaciones denominadas en moneda extranjera pagaderas en la República Mexicana publicado por el Banco de México, que resulte más bajo durante los cinco días anteriores a aquel en que se realice la notificación.*

*Tratándose de divisas distintas a los dólares de los Estados Unidos de América, se puede utilizar cualquier indicador de tipo de cambio que refleje el valor de la moneda nacional con respecto a la moneda extranjera de que se trate.*

*ARTÍCULO 16. Para efectos del artículo 86 y la fracción I del artículo 87 de la Ley, los Agentes Económicos pueden acordar sujetar la realización de una transacción a la condición suspensiva de obtener la autorización de la Comisión y deben hacer constar que los actos relativos a la transacción no producirán efecto legal alguno hasta que se obtenga la autorización por parte de la Comisión o, en su caso, se entienda que no*

*tiene objeción en términos de la Ley y se emita la constancia respectiva.*

*En caso de que la Comisión sujete la realización de la transacción al cumplimiento de condiciones que tengan por objeto la prevención de posibles efectos contrarios al proceso de competencia y libre concurrencia que pudieran derivar de la concentración notificada, los Agentes Económicos deben hacer constar que se obligan a realizar los actos necesarios para cumplir con ellas y que, hasta en tanto no se obtenga la autorización, los actos correspondientes no producirán efecto legal alguno, excepto cuando la propia resolución así lo autorice.*

*El acuerdo mencionado en el primer párrafo de este artículo puede constar en los libros corporativos o en instrumento público, los cuales deben ser presentados a la Comisión en testimonio o copia certificada, al momento de notificarse la concentración en términos del artículo 89 de la Ley o dentro de los diez días siguientes a la formalización del acuerdo.*

*ARTÍCULO 18. Los estados financieros a que se refiere el artículo 89, fracción VI, de la Ley, se entenderán como los estados financieros auditados o dictaminados por contador público autorizado correspondientes al año fiscal inmediato anterior a la notificación de la concentración.*

*En caso de no contar con ellos, se pueden presentar los estados financieros no auditados o dictaminados más recientes, según determine la Comisión. En caso de no contar con los estados financieros mencionados en el párrafo anterior, el Agente Económico debe justificar dicha situación y presentar ante la Comisión los estados*

*financieros internos que cumplan con las reglas contables generalmente aceptadas.*

*ARTÍCULO 21. Para efectos de lo señalado en el artículo 90, fracción V, segundo párrafo de la Ley, se estará a lo siguiente:*

*I. El Secretario Técnico emitirá un acuerdo en el que citará a los notificantes a una entrevista y les expresará los posibles riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia que detecte, a fin de que, en su caso, presenten su propuesta de condiciones. El plazo para resolver quedará interrumpido el día en que los notificantes presenten su propuesta de condiciones o cualquier modificación a las mismas y volverá a contar desde su inicio;*

*II. Los notificantes pueden realizar modificaciones o adiciones a su propuesta inicial de condiciones una sola vez y hasta antes de que se liste el asunto para sesión del Pleno; y*

*III. La Comisión puede requerir información adicional o practicar las diligencias que estime convenientes a fin de contar con todos los elementos para analizar las condiciones presentadas. La identificación de los posibles riesgos a que se refiere la fracción I anterior, no prejuzgará sobre la resolución de la concentración.*

*ARTÍCULO 22. En caso de que la Comisión emita resolución favorable, los Agentes Económicos deben realizar la concentración dentro del plazo de vigencia que señala el artículo 90 de la Ley. En caso contrario, deben notificar nuevamente la transacción para poder llevarla a cabo.*

*ARTÍCULO 23. Para acreditar la realización de la transacción, los Agentes Económicos tendrán un plazo de treinta días contados a partir de la fecha en la que ésta se haya consumado.”<sup>62</sup>*

Como podemos ver, el procedimiento de notificación de concentraciones contemplado en la LFCE es un procedimiento que no es necesariamente indispensable para un análisis de una colaboración entre competidores conforme a una regla de la razón y/o regla *per se*.

En este sentido, si el Pleno de la COFECE emitiera unas Disposiciones Regulatorias o lineamientos que explicaran específicamente qué tipo de colaboraciones están permitidas y cuales no, como es el caso en Estados Unidos y la Unión Europea, los agentes económicos ni si quiera tendrían que someter obligatoriamente su colaboración en cuestión a un procedimiento de notificación como éste.

Asimismo, el procedimiento de notificación de concentraciones le da un énfasis importante al mercado relevante y al poder sustancial de los agentes económicos en el mismo. Un análisis conforme a la regla *per se* o la regla de la razón se enfoca primordialmente en la naturaleza del acuerdo en cuestión y puede o no enfocarse en el mercado relevante y el poder sustancial de los agentes económicos, pero ciertamente no es indispensable.

---

<sup>62</sup> Artículos 61, 62 y 63 de la Ley Federal de Competencia Económica.

En línea con lo anterior, dichos elementos podrían ser abordados por la autoridad como parte de un análisis de razonabilidad, pero el establecerlos como elementos necesarios del análisis solo se traduce en una carga procesal importante tanto para la autoridad como para los agentes económicos participantes.

Finalmente, si bien es cierto que un acuerdo entre competidores puede llegar a configurar una concentración cuando tiene como efecto que los activos de los agentes parte del mismo pasan a ser manejados por una sola entidad o, en su caso, la formación de una nueva entidad que actúa como un solo agente económico, ya hemos discutido que ese no necesariamente es el caso cuando se trata de colaboraciones entre competidores. Pueden existir colaboraciones entre competidores donde, en términos generales, ambos agentes seguirán participando de manera individual en el mercado.

### 3. La Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos.

Es importante mencionar que existe una guía emitida por el Pleno de la COFECE por medio del Acuerdo número CFCE-342-2015 durante la 44ª sesión de fecha 10 de diciembre de 2015 cuyo objetivo es abordar el intercambio de información entre agentes económicos.

Dicha guía, si bien no está incorporada en la Ley, sí aborda expresamente la posible colaboración entre competidores con efectos



pro-competitivos. Específicamente, lo hace en su sección IV de “Situaciones que pueden favorecer el contacto entre competidores y recomendaciones para los agentes económicos que realizan intercambio de información”, en su apartado C de “Convenios de colaboración y convenios de co-inversión (Joint-Ventures) entre competidores”.

Los párrafos 92 y 93 de dicha sección IV establecen que:

*“En ciertos casos, los competidores pueden colaborar para mejorar conjuntamente la proveeduría de ciertos insumos, facilitar la logística, desarrollar nuevos productos o mejorar tecnologías. Dichos proyectos serán competitivos en la medida en que sean indispensables para materializar ese propósito, la colaboración y la comunicación se limiten estrictamente a la esfera del proyecto y no se constituyan como un vehículo de coordinación o desplazamiento indebido*

*En cada uno de los casos antes señalados, los agentes económicos, sus funcionarios, representantes y asociaciones deben tomar las precauciones necesarias para evitar incurrir en conductas anticompetitivas. De igual forma, cuando el intercambio de información se realice en términos de alguna legislación vigente, sólo será investigado cuando se estime que los agentes económicos rebasan la obligación del intercambio o, cuando a partir ella [sic] se generen otras conductas prohibidas por la LFCE”<sup>63</sup>.*

Posteriormente, en su apartado C, la COFECE parecería reconocer que existe la posibilidad de que se celebren acuerdos entre

---

<sup>63</sup> Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos, 21.

competidores con efectos pro-competitivos que no necesariamente son una concentración e incluso parecería incorporar la racionalidad que se utiliza internacionalmente al aplicar una regla de la razón:

*“Los convenios o proyectos de colaboración pueden tomar diversas formas y diseño legal. La ventaja que ofrecen es la flexibilidad en los términos de colaboración. En este sentido, los convenios pueden materializarse, entre otros, en acuerdos de investigación y desarrollo, acuerdos de producción, acuerdos de adquisición y de procesamiento, distribución y comercialización*

*En ocasiones, este tipo de colaboraciones pueden tener importantes implicaciones en materia de competencia económica. Por lo anterior, estas instancias de colaboración deben limitarse a aquéllas absolutamente indispensables para alcanzar el propósito que se busca y los proyectos deben estar rigurosamente acotados a la esfera para la que fueron diseñados. Asimismo, los contactos y el intercambio de información debe ser el mínimo estrictamente necesario para su operación eficiente”<sup>64</sup>.*

La COFECE incluso menciona expresamente el procedimiento de análisis de concentraciones como su método para analizar los acuerdos entre competidores:

*“La COFECE analizará las colaboraciones que caigan dentro de los supuestos previstos en el artículo 61 y 86 de la LFCE para determinar su posible impacto contrario a la competencia. Las partes también podrán*

---

<sup>64</sup> *Íbid.*, 30.

*notificar voluntariamente sus actividades de colaboración, cuando no se ubiquen dentro los umbrales previstos*<sup>65</sup>.

Esta guía se enfoca en dar lineamientos para evitar específicamente el intercambio de información sensible entre competidores y proveer de salvaguardas que puedan garantizar la independencia de los agentes.

Si bien me parece que es una gran adición en términos de señalar claramente los riesgos y el criterio de la COFECE en temas relacionados con el intercambio de información, así como para el caso de acuerdos entre competidores que sí actualizan una concentración, considero que sigue existiendo una falta de seguridad jurídica para el caso de colaboraciones entre competidores que no son concentraciones.

En primer lugar, porque estos lineamientos, si bien pueden fungir como un criterio orientador frente a la COFECE, IFETEL o, en su caso, un tribunal; lo cierto es que no tienen fuerza de Ley, ni tampoco abordan expresamente cómo deben de actuar los agentes competidores que celebren acuerdos que no actualizan una concentración.

En segundo lugar, porque plantean expresamente la posibilidad de utilizar el procedimiento de notificación de concentraciones, aun para los casos de colaboraciones entre competidores donde

---

<sup>65</sup> *Íbid.*

estrictamente no les es aplicable dicho procedimiento. Como veíamos anteriormente, esto puede tener como consecuencia cargas regulatorias y administrativas importantes.

Finalmente, porque son unos lineamientos que pretenden abordar el tema de intercambio de información sensible, pero al mismo tiempo están abordando el tema de colaboraciones entre competidores y utilizando un marco jurídico que no contempla expresamente este tipo de colaboraciones.

De nuevo, si hablamos de acuerdos entre competidores que actualizan una concentración, por supuesto, es muy claro que puede utilizarse el procedimiento de notificación de concentración contemplado en los artículos 86 y siguientes de la LFCE. En dicho supuesto, esta guía en cuestión resulta perfectamente aplicable, pero ¿y si no se trata de una concentración? ¿Notifico o no notifico? ¿Notifico aunque no me es aplicable de conformidad con la letra de la Ley? ¿Si no notifico estoy en riesgo de que la COFECE inicie una investigación por la posible comisión de una PMA? ¿Si notifico, tengo certeza de que no se estará cometiendo una PMA?

A manera de ejemplo, pensemos en un contrato celebrado entre dos agentes competidores, en un mercado altamente concentrado, y cuyos precios de mercado son muy parecidos sin la necesidad de que exista un intercambio de información sensible. Un ejemplo de un mercado así en México podría ser el de las calificadoras de valores.

El objeto de un contrato hipotético entre dichas calificadoras de valores sería colaborar en el desarrollo de un determinado producto de calificación de valores que no existe actualmente en el mercado. ¿Existiría un riesgo de que la COFECE inicie una investigación en caso de enterarse de la existencia de dicho contrato? ¿Los agentes en cuestión deberían notificar la celebración de su contrato conforme al procedimiento de notificación de concentraciones a pesar de que no están concentrándose de ninguna manera? ¿Tienen incentivos para hacerlo?

4. Problemas generados a raíz de la regulación actual de los acuerdos entre competidores en la LFCE.

En este orden de ideas ¿cuál es el problema de notificar colaboraciones entre competidores con efectos benéficos para la competencia como concentraciones? El primer problema, como ya lo mencionábamos al analizar el caso de G500, es que en México estamos utilizando un mecanismo legal que doctrinal y jurídicamente no es el idóneo para analizar colaboraciones entre competidores en tanto una colaboración entre competidores no necesariamente configura una concentración.

El segundo problema es que utilizar el procedimiento de notificación de concentraciones genera cargas regulatorias y administrativas excesivas, tanto para las autoridades, como para los agentes económicos. Cargas que podrían ahorrarse si la legislación

contemplara la aplicación de una regla de la razón en los casos de las colaboraciones entre competidores con efectos benéficos para la competencia y/o existieran unos lineamientos o disposiciones regulatorias que ilustraran qué tipo de colaboraciones sí están permitidas y cuáles no.

El tercer problema es que, si hacemos una interpretación estricta de la Ley, en tanto no está contemplada la aplicación por parte de la autoridad de una regla de la razón en el caso de colaboraciones entre competidores, aquellas colaboraciones que no configuran concentraciones deberían ser sancionadas como PMA conforme al artículo 53 de la LFCE.

Finalmente, el cuarto problema, que podría ser un resultado de todos los anteriores, es que al utilizar un procedimiento que no es adecuado para la notificación de dichos acuerdos y al obligar a todos los agentes interesados en celebrar colaboraciones entre competidores a notificar dicha intención como una concentración, se vuelve ineficiente la materialización de dichos acuerdos en los mercados relevantes.

En otras palabras, el hecho de que la LFCE no contemple la aplicación de una regla de la razón para analizar las colaboraciones entre competidores benéficas para la competencia, no solo eleva los costos de transacción para las partes al obligarlos a notificar su colaboración conforme al procedimiento de concentración, sino que crea incentivos para que dichas colaboraciones no se materialicen.

Cuando los agentes económicos y/o empresas se ven obligados a seguir un procedimiento largo y complicado para la autorización de una colaboración y, además, el no hacerlo implica arriesgarse a ser castigados, el incentivo que se genera es que no se realice ningún tipo de colaboración.

Esto únicamente priva a los mercados y a los consumidores mexicanos de beneficiarse de posibles colaboraciones entre competidores que incentiven una mayor y mejor competencia, mejores productos, más innovación, menores precios, entre otros posibles efectos benéficos.

Sin más, podemos concluir que en México la legislación en materia de competencia económica, específicamente en su parte relativa a colaboraciones entre competidores, contribuye a que los mercados operen de manera ineficiente en tanto omite regular una herramienta que beneficiaría a los consumidores.

Asimismo, dicha omisión incluso desincentiva a los agentes económicos de llegar a acuerdos, ya que impone cargas regulatorias excesivas. En este orden de ideas, la legislación mexicana en materia de competencia económica, en su apartado relativo a colaboraciones entre competidores, no cumple con el objetivo de una legislación en materia de competencia económica que analizábamos al inicio del presente trabajo.

## **V. Propuesta de reforma a la Ley Federal de Competencia Económica**

Una vez expuesto todo lo anterior, la propuesta del presente trabajo de investigación, a fin de que la LFCE mexicana cumpla con los objetivos y mejores prácticas internacionales de una legislación en materia de competencia económica, es que se reforme la Ley.

Me parece que existen múltiples opciones para incluir una regla de la razón en el marco jurídico de competencia económica en México. Idealmente, creo que sería necesario al menos reformar la Ley para incluir de manera expresa la aplicación de una regla de la razón y posteriormente emitir unos lineamientos o disposiciones de carácter general que orientaran a los agentes económicos en lo relacionado con la aplicación de dicha regla, como es el caso en los Estados Unidos y la Unión Europea.

En el presente trabajo de investigación me limitaré a sugerir lo que podría ser el mínimo cambio necesario para incluir una regla de la razón en la LFCE. Este cambio consiste específicamente en reformar el artículo 53 de la LFCE relativo a las PMA.

En este sentido, la propuesta que planteamos es que se adicione una segunda parte al artículo o se introduzca un artículo 53 Bis a la LFCE. Una propuesta de redacción para dicho artículo podría ser la siguiente:



*“Artículo 53 Bis. No obstante lo establecido en el artículo anterior, si a juicio de la Comisión y/o el Instituto Federal de Telecomunicaciones, existe la posibilidad de que el contrato, convenio, arreglo, o combinación entre Agentes Económicos competidores en cuestión es accesorio a un objeto lícito, es necesario para generar ganancias en eficiencia e incide favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia, superando sus posibles efectos anticompetitivos en términos del artículo 55 de la presente Ley; la Comisión y/o el Instituto Federal de Telecomunicaciones podrán realizar un análisis relativo a la razonabilidad de la práctica en cuestión con el objetivo de determinar si está razonablemente relacionado con un objeto lícito y es razonablemente necesario para alcanzar los efectos pro-competitivos en cuestión y/o una mejora del bienestar del consumidor, en cuyo caso no será sancionado.*

De esta forma seguiría existiendo la posibilidad de castigar cualquier acuerdo que actualice una PMA (regla *per se*, como regla general) pero también podrían existir colaboraciones entre competidores que brinden eficiencias al mercado sin la necesidad de autorizarlos como concentración, con todas las cargas procesales que eso implica.

Esta propuesta de redacción toma como base lenguaje actual de la LFCE y lenguaje de los Lineamientos de Estados Unidos. No obstante, lo ideal sería complementar una eventual reforma a la LFCE que incluya expresamente una regla de la razón con la emisión de unas disposiciones de carácter general relativas a la aplicación de la regla de

la razón y la regla *per se* conforme al marco jurídico de competencia económica mexicano, así como también un protocolo de intercambio de información sensible para el caso de colaboraciones entre competidores con efectos pro-competitivos.

## VI. Conclusión

A lo largo del presente trabajo de investigación hemos concluido que el objetivo de una legislación en materia de competencia económica debe ser procurar la eficiencia de los mercados relevantes y proteger al consumidor.

Hemos comprobado que existen supuestos de colaboraciones entre agentes económicos competidores que no necesariamente tienen efectos anticompetitivos en los mercados y que, en este sentido, dichas colaboraciones son acordes con el objetivo de una legislación en materia de competencia económica: beneficiar a los consumidores.

Hemos analizado las principales reglas doctrinales aplicables al análisis de colaboraciones entre competidores: la regla de la razón y la regla *per se*. Hemos analizado casos prácticos donde se han aplicado la regla de la razón y la regla *per se*; hemos estudiado el marco jurídico nacional aplicable a las colaboraciones y acuerdos entre competidores y lo hemos contrastado con las mejores prácticas internacionales.

Todo lo anterior nos ha servido para determinar que en México no tenemos una regla de la razón aplicable a colaboraciones entre competidores y que analizamos dichas colaboraciones con efectos pro-competitivos como si fueran concentraciones.

Ahora, es momento de contestar la pregunta de investigación del presente trabajo: el tratamiento de las colaboraciones entre

competidores conforme a la Ley Federal de Competencia Económica ¿es acorde con el objetivo que debe seguir una legislación en materia de competencia económica? ¿Cumple con las mejores prácticas internacionales?

Podemos concluir que no, actualmente la Ley Federal de Competencia Económica no cumple con el objetivo que debe seguir una legislación en materia de competencia económica ni es acorde con las mejores prácticas internacionales en materia de colaboraciones entre competidores.

La Ley Federal de Competencia Económica aplicable en México, en materia de colaboraciones entre competidores, únicamente contempla la actualización de las Prácticas Monopólicas Absolutas, mismas que califican de ilegal cualquier acuerdo entre competidores y, en la práctica, las autoridades utilizan el procedimiento de notificación de concentraciones para, en su caso, autorizar las colaboraciones entre competidores con efectos pro-competitivos que llegan a ser sometidos a su revisión.

Sin más, la propuesta del presente trabajo es reformar la Ley Federal de Competencia Económica de forma que se incluya expresamente la posibilidad de aplicar un examen de razonabilidad a las colaboraciones entre competidores con posibles efectos pro-competitivos, emitir disposiciones de carácter general o disposiciones regulatorias que orienten a los agentes económicos al momento de

considerar realizar este tipo de colaboraciones y por último, emitir protocolos de intercambio de información sensible entre agentes competidores que llegaren a celebrar este tipo de colaboraciones.

La propuesta anterior serviría para que el marco jurídico en materia de competencia económica de México sea acorde con las mejores prácticas internacionales, para corregir los incentivos de los agentes económicos competidores que podrían llegar a celebrar este tipo de colaboraciones y disminuiría, en su caso, la carga administrativa de las autoridades en la materia, en tanto el procedimiento de análisis de concentraciones establecido en la Ley Federal de Competencia Económica puede tener costos administrativos y regulatorios importantes tanto para las autoridades en materia de competencia económica, como para los agentes económicos.

## VII. Bibliografía

- Directorio de Miembros del *International Competition Network*.
- COFECE. Programa Anual de Trabajo de 2017.  
[https://www.cofece.mx/cofece/attachments/article/38/pat\\_2017.pdf](https://www.cofece.mx/cofece/attachments/article/38/pat_2017.pdf)
- Shenefield, John H., y Irwin M. Stelzer. *The Antitrust Laws: A Primer*. Washington, D.C.: The AEI Press, 1998.
- Deborah A. Garza et al. *Antitrust Modernization Commission: Report and Recommendations*. Estados Unidos: Antitrust Modernization Commission, 2007.
- Gundlach, Gregory T. y Diana Moss. "The Role of Efficiencies in Antitrust Law: Introduction and Overview". *The Antitrust Bulletin*, Vol. 60(2) (2015): 91-102.  
<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0003603X15591991>
- Bork, Robert H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*. Nueva York: The Free Press, 1993.
- Posner, Richard A., *Antitrust Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- Easterbrook, Frank H. "Does Antitrust Have a Competitive Advantage?". *23 Harvard Journal of Law and Public Policy* 5 (1999): 5-10.  
[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1197&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1197&context=journal_articles)
- Van Rompuy, Ben. "*Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy?*". Londres: Wolters Kluwer Law International, 2012.

- Motta, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Nueva York: Cambridge University Press, 2004. Edición Kindle.
- Monti, Mario. “Competition for Consumers’ Benefit”. Amsterdam, European Competition Day (2004). Discurso. [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2004\\_016\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2004_016_en.pdf)
- Nelson, Philip y David Smith. “Efficiencies in Antitrust Analysis: A View From The Middle Of The Road”. The Antitrust Bulletin, Vol. 60(2) (2015): 128-149. <https://search.proquest.com/openview/112ed60ea3b59b848de05fb97f5df125/1?pq-origsite=gscholar&cbl=35923>
- Morris, John R. “International Trade And Antitrust: Comments”. 61 University of Cincinnati Law Review, (1993): 945-953. <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&srcid=3B15&doctype=cite&docid=61+U.+Cin.+L.+Rev.+945&key=2995e51caff6552263a1dcddedec1f7>
- Duhamel, Marc. “On The Social Welfare Objectives of Canada’s Antitrust Statute”. Canadian Public Policy / Analyse de Politiques, Vol. 29, No. 3 (2003): 301-318. <http://www.jstor.org/stable/3552288>
- Kolasky, William. “What is Competition?”. La Haya, Seminar on Convergence Sponsored by the Netherlands Ministry of Economic Affairs (2002). Seminario. <https://www.justice.gov/atr/speech/what-competition>
- Areeda, Philip E. y Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application*. Vol. 1, 4. California: Aspen Law and Business, 2000.

- Varian, Hal R. *Microeconomía intermedia*. Barcelona: Antoni Bosch, 2011.
- *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law* (Organisation for Economic Co-operation and Development).  
<http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>
- *OECD Roundtable on Due Diligence in the garment and Footwear supply Chain: Competition Law and Responsible Business Conduct*. CC1 & CC13, OECD Conference Centre. París, Francia. 1-2 de Octubre de 2015.
- *Antitrust Guidelines for Collaboration among Competitors*. Federal Trade Commission; U.S. Department of Justice. Estados Unidos: 2000.
- Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Comisión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea: 2011.
- Bork, Robert H. “The Rule of Reason and the *Per se* Concept: Price Fixing and Market Division”. 74 *Yale Law Journal* (1965): 377-473.  
[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4159&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4159&context=fss_papers)
- *Addyston Pipe & Steel Co. vs. Estados Unidos*, 175 U.S. 211 (1899). Consultado en:  
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/175/211/>
- Opinión de la Federal Trade Commission en el caso de Polygram Holding, Inc.; Decca Music Group Limited; UMG Recordings, Inc.; y Universal Music & Video Distribution Corp. por parte del Comisionado Timothy J. Muris del 28 de julio de 2003. Número de expediente: 9298. Disponible en:



<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2003/07/polygramopinion.pdf>

- Los Angeles Memorial Coliseum Comm'n vs. NFL, 726 F.2d 1381, 1395. Noveno Circuito, 1984.
- Rothery Storage & Van Co. vs. Atlas Van Lines, Inc., 792 F.2d 210, 224. Circuito de D.C., 1986.
- Business Elecs. Corp. vs. Sharp Elecs. Corp., 485 U.S. 717, 1988.
- Kolasky, William y Richard Elliott. "The Federal Trade Commission's Three Tenors Decision: Qual due fiori a un solo stello". American Bar Association (2004): 50-55.  
[http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale\\_Shared\\_Content/Files/Editorial/Publication/Kolasky\\_Three\\_Tenors.pdf](http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/Kolasky_Three_Tenors.pdf)
- Texaco Inc. vs. Dagher, 369 F.3d 1108.
- Piette Durrance, Christine. "Collaborations among competitors: Texaco Inc. v. Dagher". The Antitrust Bulletin: Vol. 53, No. 1 (2008): 35-49.  
<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/antibull53&div=15&id=&page=>
- Texaco, Inc. vs. Dagher, Brief for the United States as Amicus Curiae (2005): 1-31.  
[https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/amicus\\_briefs/texaco-inc.v.dagher/050913texacobrief.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/amicus_briefs/texaco-inc.v.dagher/050913texacobrief.pdf)
- Secretaría Ejecutiva de la Comisión Federal de Competencia Económica, Oficio No. SE-10-096-2009-681. Expediente No. CNT-064-2009, 1 de diciembre de 2009.  
[http://www.cofece.mx/docs/pdf/cnt-064-2009\(1\).pdf](http://www.cofece.mx/docs/pdf/cnt-064-2009(1).pdf)

- Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, Resolución. Expediente No. CNT-058-2016, 9 de marzo de 2017.
- COFECE autoriza parcialmente club de compras entre operadores de estaciones de servicio y crea mecanismo expedito para incorporar nuevos socios. Comunicado de prensa de la COFECE, Ciudad de México, 22 de marzo de 2017.  
<https://www.cofece.mx/cofece/index.php/prensa/historico-de-noticias/nuevo-comunicado-g-500>
- Ley Federal de Competencia Económica. Diario Oficial de la Federación. 23 de mayo de 2014.  
[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE\\_270117.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_270117.pdf)
- Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica. Acuerdo Número CFCE-342-2015, 44ª sesión de 10 de diciembre de 2015. GUIA-007/2015: Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos.  
<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiNsa2A-rnVAhURwmMKHV5zAjMQFggmMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.cofece.mx%2Fcofece%2Findex.php%2Fnormateca%2Fcategory%2F10-otros%3Fdownload%3D852%3Aguia-007-2015-guia-para-el-intercambio-de-informacion-entre-agentes-economicos&usg=AFQjCNH7CtwbSdw7VG6ziOcIG8B7Iq2pcw>