

Abril 2010

Poder sustancial conjunto en la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE)

Alvaro R. Sánchez González

Tema de discusión

Esta Nota es personal. La Nota no refleja necesariamente la postura de VA y BA.

0. El Congreso se encuentra discutiendo enmiendas a la LFCE propuestas por el Ejecutivo. La única modificación en el área económica se refiere al concepto de poder sustancial (PS) en el mercado relevante. La modificación implica riesgos que pueden ser evitados si se adoptan otras modificaciones.
1. La Ley actualmente especifica que solamente un agente económico tiene PS (LFCE, artículo 13).

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

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

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

III.- La existencia y poder de sus competidores;

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

V.- Su comportamiento reciente; y

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

2. La enmienda propuesta considera la posibilidad de que el PS se identifique en más de un agente económico, dando lugar al concepto de “dominancia colectiva” o “PS conjunto” (para efectos de esta Nota tomando ambos conceptos como equivalentes).

Artículo 13.- Para determinar si uno o varios agentes económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberá considerarse:

- I. *Su participación en dicho mercado y **si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos**, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;*
- II. *La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;*
- III. *La existencia y poder de sus competidores;*
- IV. *Las posibilidades de acceso **del o de los agentes económicos** y sus competidores a fuentes de insumos;*
- V. *El comportamiento reciente **del o los agentes económicos** que participan en dicho mercado, y*
- VI. *Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de esta ley.*

Se acreditará la existencia de poder sustancial en el mercado relevante no obstante que sean uno o varios los agentes económicos que se ubiquen en los supuestos previstos en este artículo.

Para la determinación de poder sustancial se tomará en cuenta lo dispuesto en el Reglamento de esta Ley, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.

3. El riesgo de la enmienda propuesta radica en la evaluación de concentraciones (LFCE, artículos 17 y 18), de prácticas monopólicas relativas (LFCE, artículos 10 y 11), y de condiciones de competencia en un mercado (LFCE, artículo 33 bis).
4. Por ejemplo:
 - una concentración entre dos oferentes menores pudiera ser prohibida si tiene lugar en un mercado con un número reducido de oferentes, aun y cuando se registre la presencia de un oferente mucho mayor;
 - se podría identificar como la comisión de una práctica monopólica relativa cuando un número reducido de oferentes adopte conductas comerciales similares para competir, aun y cuando tomados en forma individual ninguno de los agentes tenga PS;
 - se pudiera concluir que no existen condiciones para la competencia efectiva en un mercado relevante por el hecho de que es abastecido solamente por un número reducido de oferentes, aun y cuando entre ellos exista una fuerte competencia, dando lugar a la posibilidad de ser regulados conforme a la legislación del sector.

5. Sugerencia.

Para evitar incertidumbre en cuanto a la aplicación del concepto, en caso de que sea aprobado, se requieren enmiendas adicionales a la LFCE o a su Reglamento, en las que se detallan como el PS conjunto será medido y bajo qué circunstancias su uso será apropiado.
