



# UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo

acuerdo número 2006205 del 13 de junio de 2006

---

“REFLEXIÓN ACADÉMICA DE UN TÓPICO JURÍDICO EN OCASIÓN DE  
UN CASO EN MATERIA DE DERECHO ADMINISTRATIVO:  
COMPETENCIA ECONÓMICA”

Tesis que para obtener el grado de

**Maestría en Ciencias Jurídicas**

Presenta

Juan Antonio Ramírez Márquez

Director de Tesis

Dr. Juan Manuel Otero Varela

## ÍNDICE

	Página
<u>Introducción.</u>	2
<u>I. Marco Teórico.</u>	4
<u>I. I. Reglas y Principios de la Competencia Económica.</u>	5
<u>I. II. Bienestar del Consumidor.</u>	11
<u>I. III. Maximización del bienestar del consumidor.</u>	18
<u>I. IV. Nociones Generales del Derecho de la Competencia Económica.</u>	23
<u>I. IV. I. Mercado.</u>	23
<u>I. IV. II. Mercado Relevante.</u>	25
<u>I. IV. III. Sujetos.</u>	27
<u>I. IV. IV. Agente Económico.</u>	28
<u>I. IV. V. Autoridades.</u>	31
<u>I.V. Controles de las autoridades.</u>	34
<u>I. V. I. Prácticas monopólicas.</u>	37
<u>I. V. II. Prácticas monopólicas Absolutas.</u>	38
<u>I. V. III. Prácticas Monopólicas Relativas.</u>	40
<u>I. V. IV. Concentraciones.</u>	41
<u>II. I. Descripción del caso.</u>	43
<u>II. II. Establecimiento de los hechos relevantes y planteamiento de los problemas a resolver.</u>	45
<u>II. III. Propuesta de solución al caso planteado y aspectos éticos relacionados.</u>	46
<u>II. III. I. Práctica Monopólica Relativa.</u>	46
<u>II. III. II. Mercado Relevante.</u>	49
<u>II. III. III. Poder Sustancial</u>	52
<u>II. III. IV. Alianza Estratégica.</u>	56
<u>II. III. IV. I. Concentración.</u>	56
<u>II. III. IV. II. Concentración ilícita.</u>	58
<u>Conclusiones.</u>	62
<u>Bibliografía</u>	65

## **INTRODUCCIÓN.**

Durante la década de los 80's con motivo de la apertura comercial<sup>1</sup>, México dio un paso importante en la creación de políticas en materia de competencia económica, fue así como el entonces presidente Carlos Salinas de Gortari, creó un “paquete económico” compuesto por varias leyes<sup>2</sup> y reformas constitucionales.

En el año 2012 el presidente electo Enrique Peña Nieto, celebró con los diferentes partidos políticos el llamado “Pacto por México” el cual significó el compromiso de celebrar varias reformas estructurales en beneficio del País, dentro de estas reformas se buscó fortalecer a las instituciones reguladoras en materia de

---

<sup>1</sup> Lo anterior con la incorporación de México al GATT o General Agreement on Tariffs and Trade (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) el que el 1° de enero de 1995 se convirtió en la Organización Mundial del Comercio OMC, así como con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte que el 20 de diciembre de 1993 se publica en Diario Oficial de la Federación y entró en vigor el 1 de enero de 1994.

<sup>2</sup> Dentro de dicho paquete, fue creada la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992 y entrando en vigor en junio de 1993. Cabe mencionar que anteriormente en México no existía un ordenamiento claro y coercible en lo que respecta a competencia económica, lo anterior sin menoscabo de que desde la Constitución 1857 ya se contemplaba la prohibición de los monopolios, que ahora se encuentra plasmada en el artículo 28 constitucional.

competencia económica<sup>3</sup>, así como realizar una liberalización del sector energético en el País, en específico el de los hidrocarburos<sup>4</sup>.

El presente trabajo tiene como objeto brindar en el Capítulo Primero “Marco Teórico” un panorama general del derecho de la competencia económica en México, con lo cual se abordarían las diferentes nociones aplicables a la Competencia Económica, tales como Reglas y Principios de la Competencia Económica; Bienestar del Consumidor; Maximización del bienestar del consumidor; Nociones Generales del Derecho de la Competencia Económica (Mercado; Mercado Relevante; Sujetos; Agente Económico; y Autoridades); Controles de las autoridades en materia de Competencia Económica (Prácticas monopólicas Absolutas; Prácticas Monopólicas Relativas; y Concentraciones).

En el segundo capítulo se hará un análisis del caso “Gasolinas” en materia De Competencia Económica, en el cual se buscará brindar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Considera que existe una o varias prácticas monopólicas relativas?; Determine en qué mercado o mercados alguno de los agentes económicos podría o podrían tener poder sustancial, en caso de existir una o más prácticas monopólicas relativas; ¿Considera que la “Alianza Estratégica” entre Gasotodo y Exxonan debe ser considerada como una concentración?; ¿Considera que esa concentración debe ser considerada como ilícita?. Esto a través del desarrollo de los siguientes puntos: Descripción del caso; Establecimiento de los hechos relevantes y planteamiento de los problemas a resolver; Propuesta de solución al caso planteado y aspectos éticos relacionados; Práctica Monopólica Relativa; Mercado Relevante; Poder Sustancial; Alianza Estratégica; Concentración; y Concentración ilícita.

---

<sup>3</sup> Reforma constitucional del 11 de junio de 2013 y la publicación de la Ley Federal de Competencia Económica el 23 de mayo de 2014.

<sup>4</sup> Reforma constitucional del 21 de diciembre de 2013 y la publicación de la Ley de Hidrocarburos del 11 de agosto de 2014.

## **I. MARCO TEÓRICO.**

La competencia económica es una institución jurídica de reciente aplicación en México, pues no fue hasta los 90's con la Ley Federal de Competencia Económica, que México se comenzó a adentrar en principios de libre concurrencia y competencia, sin embargo, ante la falta de regulación específica en ciertos sectores económicos importantes del país y una competencia económica en nacimiento, se propició la existencia de empresas con importante poder de mercado en los sectores estratégicos de la economía nacional (Telecomunicaciones, Aeronáutica, Hidrocarburos, Vías de comunicación, etc.).

Dicha situación per se no es perjudicial para el proceso de competencia mexicano, sin embargo, ante la existencia de una posible asimetría en dichos mercados, derivado de que su estructura impide el pleno funcionamiento del proceso de competencia y libre concurrencia, resulta conveniente realizar un análisis de los hechos y acciones en materia de competencia económica que permita la correcta regulación del sector correspondiente, así mismo realizar un análisis tendiente a la promoción y protección a la competencia, lo anterior en el entendido de que la regulación debe ser aplicada cuando así sea necesaria y no sobre regular los mercados pues ello generaría ineficiencias en el mismo y perjuicios en los consumidores.

El análisis en materia de competencia económica deberá versar sobre las razones jurídicas o políticas de la regulación actual y las acciones o hechos realizados por los participantes en el mercado, para ello resulta conveniente establecer los conceptos de competencia económica y regulación aplicables al caso a desarrollar de acuerdo con el derecho mexicano de la competencia económica.

## I. I. REGLAS Y PRINCIPIOS DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA.

La competencia<sup>5</sup> económica significa la rivalidad que realizan diferentes competidores en un mercado con la finalidad de optimizar sus ganancias, la mencionada competencia económica se encuentra normada de forma Constitucional en México, tal como lo dispone el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>6</sup>.

Atendiendo a una teoría *iuspositivista*<sup>7</sup>, en México la competencia económica tendría como límites lo establecido por el artículo veintiocho, sin embargo,

---

<sup>5</sup> Significa: “situación del mercado en la que empresas o vendedores, que actúan con total independencia, se esfuerzan por atraer clientes para alcanzar un objetivo comercial preciso y expresado en términos de beneficios, de volumen de ventas o de cuotas de mercado”. *Glosario de economía industrial y derecho de la competencia*, OCDE, Mundi Prensa, 1995, p. 34

<sup>6</sup> Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

<sup>7</sup> Es decir, el deber ser de la norma que regula la competencia económica estaría subordinada a lo que proscribiera la norma superior, esto entendido en un sentido

consideramos que esto nos llevaría a una incorrecta aplicación del derecho, pues el derecho de la competencia económica responde a disposiciones de orden económico que eventualmente fueron incorporadas a la Constitución y a sus leyes<sup>8</sup>, es por ello es que necesitamos ampliar nuestra visión del derecho a no solamente velar por un derecho positivo, pues en la materia que nos ocupa, de forma lisa y llana no solo convergen normas jurídicas, sino que también convergen disposiciones en materia económica.

Ante lo anterior y sin ánimos de casarnos con una teoría *iusfilosófica*, consideramos que para la competencia económica, la corriente más aplicable es la No-positivista<sup>9</sup>, la cual nos indica que el derecho no solamente está conformado de reglas jurídicas positivas, sino que también está compuesto por principios o valores<sup>10</sup> y políticas<sup>11</sup>,

---

subjetivo y normativo objetivo. KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, 2a. Ed., IJ-UNAM, México, 1982 p.22.

<sup>8</sup> La ley reglamentaria del artículo 28 constitucional en lo que se refiere a la competencia económica en México es la Ley Federal de Competencia Económica, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de diciembre de 1992.

<sup>9</sup> Nos referimos a la tesis de la vinculación, es decir aquella en la cual el concepto de derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. ALEXY, Robert, El Concepto y la Validez del Derecho, Gedisa, España, 1994, P.14.

<sup>10</sup> Para efectos del presente, coincidimos con Robert Alexy en que en un caso deontológico principios y valores son lo mismo, y de igual manera serán lo mismo en otro caso axiológico. ALEXY, Robert, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, Revista Doxa, Número 5, España, 1988, P.145.

<sup>11</sup> Si bien es cierto Ronald Dworkin señala que la tesis de los derechos señala que los mismos no pueden estar basados en políticas, y que por tanto los jueces no pueden considerar las mismas para hacer derecho en aspectos económicos, contrario a como pudiera parecer en la realidad, DWROKIN, Ronald, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Estados Unidos, 1977, PP. 96-100,

lo anterior atiende a que para el operario jurídico de la competencia económica, no solo es necesario conocer las normas jurídicas existentes, sino también es necesario conocer los principios o valores económicos que eventualmente se convertirán en principios o valores jurídicos, para una correcta aplicación del derecho y además al referir la competencia económica a aspectos que guían la economía nacional y mundial también es necesario que estas reglas y principios estén encaminados a ciertas políticas públicas que de igual manera normarían el derecho de la competencia económica.

Una vez que hemos establecido nuestra postura *iusfilosófica* a ser aplicable en la competencia económica, vale la pena mencionar que lo que persigue la competencia económica es normar por un lado la rivalidad de estos competidores, pero de igual manera busca normar la forma en la que dichos competidores maximizan sus ganancias, esto sin perder de cuenta el mercado en donde se da esta rivalidad. A lo anterior se le conoce como el proceso de competencia y libre concurrencia<sup>12</sup>, lo cuales tienen como fin último, la eficiencia<sup>13</sup>.

---

consideramos, que con el simple hecho de que, los jueces en la realidad, lo consideren para sus resoluciones, así como que las mismas sean consideradas para la determinación de ciertos asuntos económicos, las mismas forman parte inherente del derecho de la competencia económica.

<sup>12</sup> La libre concurrencia se encuentra consagrada en el artículo 5º Constitucional, también referida como libertad de comercio.

<sup>13</sup> Para efectos del presente usaremos la definición de eficiencia de la escuela de Chicago, la cual “postula que el objetivo exclusivo de la competencia económica es la ‘eficiencia económica’ entendiendo por la misma la eficiencia productiva y la eficiencia asignativa, entendiendo por eficiencia productiva (productive efficiency) el incremento del radio entre el abasto y sus insumos; y por eficiencia asignativa (allocative efficiency) la utilización más eficiente de los recursos; es decir, aquél que hará más próspera a una sociedad. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Nueva Política de competencia: alumbramiento, pubertad y madurez de una idea, en

Este proceso de competencia tiene como finalidad el que todos los participantes en un mercado estén en una situación de igualdad respecto a las condiciones en que van a competir, con esto no queremos mencionar el que todos los participantes en el mercado sean iguales, sino que todos los participantes estarán en la misma línea de salida y bajo las mismas condiciones, pues de lo contrario estaríamos hablando de una utopía, situación jurídicamente “fácil de normar”, pero que por lógica concebiría irrelevante el concepto de competencia. En el mismo tenor, la libre competencia refiere a que en esa línea de salida cualquier persona<sup>14</sup> pueda competir.

En lo que se refiere a la eficiencia de los mercados, la misma trata de buscar que nada se desperdicie o genere pérdidas en los mercados, es decir, que siempre va a ser preferible que alguien aproveche un bien a que dicho bien se desperdicie, pero aquí es en donde entra otra noción encontrada con la cuestión de la eficiencia y esto es que si todo lo manejáramos bajo una teoría “dejad hacer, dejad pasar, el mundo va por sí solo”<sup>15</sup>, quedaría al arbitrio de los mercados lo que es eficiente y lo que no lo es, así como el quién tiene derecho o no lo tiene a obtener las ganancias que corresponden a esta eficiencia<sup>16</sup>.

---

ROLDÁN XOPA, José y MENA LABARTHE, Carlos, “Competencia económica. Estudios de Derecho, Economía y Política”, Porrúa-ITAM, México, 2007, p.18.

<sup>14</sup> Claro está, estas dos nociones tienen que ser determinadas de una forma lógica, pues de lo contrario nos encontraríamos encerrados en cuatro paredes jurídicas que generen la limitación de estas nociones y por tanto una incorrecta normatividad de estas.

<sup>15</sup> Frase acuñada por Jean-Claude Marie Vincent de Gournay, considerada la máxima de la escuela fisiócrata en referencia a un libre mercado.

<sup>16</sup> El problema de esta disposición es que el consumidor no está en posibilidad de conocer su excedente o pérdida, pues realmente el consumidor no conoce el proceso de producción, por tanto, no conoce si se está dando un excedente a su

Pero ¿En realidad se encuentra correctamente normada en el derecho mexicano la competencia económica?, es decir ¿Está debidamente regulado el proceso de competencia, libre concurrencia y la eficiencia de los mercados? Adelantándonos a la respuesta tendríamos que mencionar que no, porque realmente esto amerita un análisis casuístico de la convergencia de estas nociones y su aplicación en el derecho, aunado a que no solamente nos tenemos que basar en las normas escritas para resolver casos que se den en materia de competencia económica sino que también tenemos que apoyarnos en las políticas del país donde se va a resolver el caso en particular, con la finalidad de determinar si la aplicación estricta de estas normas resulta conveniente para el país o no<sup>17</sup>.

---

favor o no y en la mayoría de las ocasiones ante tal ignorancia, el excedente que genera la eficiencia, que por orden lógico un beneficio del productor es una pérdida del bienestar del consumidor resulta a favor del productor.

<sup>17</sup> Un caso en el cual se puede observar que la aplicación de las normas jurídicas de competencia económica no coincidían con las políticas de ese tiempo es el ejemplo de Estados Unidos y lo referente a las telecomunicaciones, pues durante el génesis de las leyes de competencia económica en ese país, se dio la constitución de un monopolio privado de telefonía, el cual a todas luces violaba las normas de competencia, sin embargo ante la necesidad de que en Estados Unidos existiera un servicio universal, es decir que todo el país se encontrara interconectado e intercomunicado, se permitió que AT&T constituyera su monopolio sin que como consecuencia fuera sancionado por las normas aplicables, pues en ese momento resultaba más importante para la política nacional favorecer el medio de comunicación por el bienestar general, que hacer efectiva una norma antimonopolio. Si bien es cierto, esto de igual manera podría entenderse como una ponderación de principios, es decir, la colisión entre el principio del proceso de competencia y el principio de comunicación universal, consideramos que al no haber sido esto determinado por los jueces, no sería aplicable esta ponderación de principios, sino

De igual manera, estos casos tienen que considerar los principios o valores que, en algunas ocasiones, podemos mencionar se encuentran contenidos o inferidos en las normas, pero que en otras simplemente resultan de la aplicación del derecho al caso concreto en donde se tenga que analizar de una forma correcta, cuál es el fin de esta norma y qué es lo que esta norma protege.

La competencia económica es una institución jurídica joven en México, pues no fue hasta los 90's con la Ley Federal de Competencia Económica que se comenzó a manejar principios de libre concurrencia y competencia, el primer y segundo párrafo del artículo veintiocho de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos nos da la base de la competencia económica, esto al señalar que en México están prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario, cualquier acto que evite la libre concurrencia o la competencia entre los competidores y obligue a los consumidores a pagar precios exagerados, así como cualquier ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social<sup>18</sup>.

---

que sería aplicable una ponderación entre normas creadas por el legislativo y políticas determinadas por el ejecutivo.

<sup>18</sup> Sin embargo, ciertos sectores económicos importantes del país requieren una regulación específica tal es el caso de las Telecomunicaciones, Aeronáutica, Energía, Transportes, etc., lo anterior con la finalidad de evitar la existencia y mantenimiento de grandes cárteles y empresas dominantes en México, lo que sería perjudicial para los consumidores y competidores, esto ante la existencia de una posible asimetría en dichos mercados, derivado de que su estructura impide el pleno funcionamiento del proceso de competencia y libre concurrencia.

## I. II. BIENESTAR DEL CONSUMIDOR.

El sistema jurídico Mexicano tiene una influencia Franco-Germánica, la cual ha generado que el mismo sea un sistema Constitucionalista-monista, es decir, que todas las leyes secundarias tienen que provenir de la norma superior que es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin embargo las nuevas tendencias internacionales han llevado a realizar modificaciones a esta Constitución tendientes a que no solamente lo que esté contemplado en ella sea la norma aplicable, sino que también existen ciertos principios superiores a estas normas que deben ser aplicables a todos los seres humanos por el simple hecho de serlo, para efectos de este trabajo a esto se le denominará teoría *iusfilosófica* no positivista, la cual contempla que el derecho está compuesto por reglas y principios, este esquema ya venía siendo manejado en el mundo anglosajón desde tiempo atrás, pues realmente así era como se practicaba el Derecho.

Asimismo hace más de veinte años México incorporó en su sistema jurídico el Derecho de la Competencia Económica, el cual fue en sus años de gestación, una calca del derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, el también llamado *antitrust law*, mismo que conforme fue evolucionando este derecho en México, se tuvo que ir adaptando al sistema mexicano, haciendo a un lado por tanto la persecución de ciertos principios y solamente dejando los que en ese momento se consideraron importantes para el objeto de la competencia económica en México. Estos principios que los legisladores nacionales plasmaron en la Ley de Competencia Económica son los que se refieren al proceso de competencia, libre concurrencia y eficiencia en los mercados, sin embargo, también se debe reconocer un principio igual de importante y que estuvo presente desde el génesis de la competencia económica a nivel mundial, mismo que se conoce como “el bienestar del consumidor”.

La eficiencia de los mercados trae aparejado el considerar dos bienestar<sup>19</sup>, por un lado, hay que considerar el bienestar del productor y por otro el bienestar del consumidor<sup>20</sup>.

De la existencia de estos dos bienestar es que podemos señalar que se desprenden a manera de espejo dos principios, por un lado y tal como lo mencionamos anteriormente, el prestador de servicios va a buscar a toda costa maximizar sus ganancias, pues esa es la finalidad de una actividad comercial, pero esta maximización de ganancias no puede ser a costa de todo, es decir, esta maximización no debe afectar por sí misma el proceso de competencia o libre concurrencia, dicho de otra forma, no se puede permitir que una persona con

---

<sup>19</sup> Resulta importante mencionar que la connotación de bienestar la estoy determinando basándome en una ética filosófica, es decir no realizó un “análisis de las ideas morales y del uso moral del lenguaje, como una clasificación de concepciones y tradiciones morales diversas bajo puntos de vista sociológicos, psicológicos o lógicos.” SPAEMANN, Robert, Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar, EIUNSA, Madrid, 2001, p.25. Sino sencillamente determinó que bienestar es algo ventajoso para éste o aquél, es bueno para y sencillamente es bueno.

<sup>20</sup> Cabe aclarar que es diferente el término bienestar del consumidor al término excedente del bienestar del consumidor, el primero se refiere al beneficio individual que se obtiene por el consumo de un bien o servicio, Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law, compiled by R. S. Khemani and D. M. Shapiro, commissioned by the Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, OECD, 1993, p.29 y el excedente del bienestar del consumidor, el cual fue determinado por Alfred Marshall consiste en la diferencia entre la cantidad que un consumidor estaría dispuesto a pagar por un bien o servicio y el bienestar que recibe por el mismo proporcional al precio que paga por él. HENDERSON, David, The Fortune Encyclopedia of Economics, Warner Books, Estados Unidos, 1993, pp. 812-813.

ánimos de hacer ganancias afecte a los demás competidores que concurren en ese mercado, pero esto no entendiéndolo en un sentido filosófico de que el beneficio de una persona necesariamente significa el perjuicio de otra, sino que esto tiene que ser tendiente en un sentido de valor ético atendiendo a la regla de oro, no hacer al otro lo que no quieres que te hagan.

Aquí comenzamos a ver el cómo la competencia económica debe considerar aspectos éticos morales, aspectos que en su momento fueron rechazados por las teorías *iuspositivistas* pero los tres principios que hemos mencionado (proceso de competencia, libre concurrencia y eficiencia en los mercados), necesariamente deben atender cuestiones éticas que nos ayuden a que los mercados no se manejen por sí mismos, es decir, que no solo se regule el orden de los mercados sino también los mismos sean conducidos mediante moral y ética.

En este orden de ideas, resultaría ilógico pensar que el competidor solamente tiene que atender a un proceso de competencia, pues en este caso nos estaríamos refiriendo a un mundo aparte en donde los competidores simplemente buscan no afectarse en sus intereses y de ahí obtendrían sus ganancias solo por transacciones entre ellos. Es evidente que este mundo no existe pues en el proceso de competencia y libre concurrencia convergen por un lado los competidores, buscando obtener ganancias y por otro los consumidores que buscan calidad en el producto o servicio, pues el proceso de competencia no existiría si no confluyeran en ese mercado los competidores ofertándoles sus productos a los consumidores<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Aquí es donde, claramente se observa la existencia del otro principio, “la maximización del bienestar del consumidor”, ¿Pues acaso el consumidor no tiene derecho a pagar un precio justo por un producto o servicio de una calidad suficiente? Al referirnos a la maximización del bienestar del consumidor, nos haremos la pregunta, ¿El precio que paga el consumidor, es proporcional al bienestar que recibe por el mismo o es el precio justo? Si la respuesta es negativa, podríamos estar hablando de que no se está teniendo una optimización y por tanto alguien más

Si lo anterior a todas luces resulta correcto, entonces surge la pregunta, de ¿Por qué en la competencia económica en México no se contempla este principio?, pues si bien es cierto, resultaría lógico pensar que sí estamos hablando de la eficiencia de los mercados y su relación con el proceso de competencia y libre concurrencia se encontraría por tanto inferidos los valores de maximización de bienestar del consumidor y del productor<sup>22</sup>.

Resultaría audaz el señalar solamente las cuestiones jurídicas, pues en tal caso, nosotros mismos estaríamos siendo incoherentes en la descripción de la

---

en la cadena se está viendo beneficiando de dicha circunstancia, sin embargo, será labor de los operarios del derecho determinar si esto es con base en principios ético-jurídicos.

<sup>22</sup> El artículo 10 de la LFCE que se refiere a las prácticas monopólicas relativas o acuerdo horizontales las cuales, como su nombre lo indica para ser sancionadas les va a ser aplicable la regla de la razón (relatividad), señalan como una justificación que tendría el productor para hacer este tipo de práctica acreditar una ganancia en eficiencia consistente en demostrar las aportaciones netas al bienestar del consumidor derivadas de dichas prácticas supera sus efectos anticompetitivos, es decir que la propia ley sí contempla el bienestar del consumidor, pero no lo establece como un principio a respetarle al consumidor o que pudiera estar sujeto de ponderación, sino como una causa para excluir al competidor que realiza una práctica anticompetitiva que afecte a otro competidor, siempre y cuando acredite haber aportado algo al bienestar del consumidor, pero no así haber maximizado su bienestar, sino posiblemente solo haberle concedido lo que le correspondía. Sin embargo, de igual manera surge el interrogante porqué solo para este tipo de prácticas cabría considerar el bienestar, dicho de otra forma, qué acaso no existe la posibilidad de que en una práctica monopólica absoluta o acuerdo entre competidores “cártel”, aunque se afectara la competencia, se beneficie al consumidor y por tanto se pudiera optar por ponderar en ese momento por ese principio y después el restablecimiento de nueva cuenta de los demás principios.

competencia económica y en este caso de los principios jurídicos que en ella convergen, por ello para es necesario contemplar los principios económicos, señalados con anterioridad en específico lo referido a los modelos de mercado, monopolio, oligopolio, competencia monopolística o competencia imperfecta y competencia perfecta.<sup>23</sup>

Recalcando que la diferencia entre estas versa en el número de participantes en el mercado, la facilidad de ingresar al mercado y la información que se tiene del mismo, sin embargo las cuatro economías son analizadas con base en una confrontación entre el determinar por un lado la curva de la oferta y por otro la de la demanda, las cuales una vez contrastadas, nos brindan el bienestar del consumidor y del productor para que a partir de ahí, dependiendo de la actuación de los competidores o de los consumidores en el mercado, este bienestar puede ir variando, pero todo esto partiendo de que el punto óptimo del bienestar del consumidor y del productor es el punto de equilibrio, en donde realmente ambos optimizan sus ganancias y consumo, es decir, es aquel punto en donde el productor va a vender sus productos o servicios en el precio justo y el consumidor va a adquirir los productos también en un precio justo, es decir que ninguno de los pierda parte de su bienestar.

Lo anterior resulta de cierta manera utópico pues la determinación de un precio justo atiende a una serie de externalidades que pueden influir en que no se obtenga el punto de equilibrio, ahí es en donde el derecho entra, pues el derecho deberá determinar ese concepto de justicia.

Esta situación, *per se*, genera complicaciones pues hasta qué punto es o no correcto que un competidor pudiera aumentar sus precios en perjuicio del consumidor pero por encontrarse con situaciones extremas que lo hagan aumentarlos.

---

<sup>23</sup> SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William, Economía, Décimo Octava Edición, Mc Graw Hill, México, 2006, p. 166

De igual manera por ese actuar en donde aumentara sus precios no esté generando una afectación al consumidor, la cual, si bien es cierto pudiera o no justificar pero aquí entonces vemos que esto no podría ser resuelto con reglas porque si nos fuéramos exclusivamente a ellas estaríamos hablando que derivado de la antinomia suscitada entre el bienestar del consumidor y el bienestar del productor se daría una subducción en atención a “la supervivencia del más apto”, pero esto no puede ser aplicable a la relación consumidor-productor pues claramente no nos encontramos en una igualdad entre ellos, es por ello que tenemos que recurrir a una ponderación<sup>2425</sup> en aras de determinar en ese caso concreto cual es el principio que se debe de seguir.

Por desgracia, en México el principio de maximización del bienestar del consumidor, en muchas ocasiones se ha separado de la competencia económica y se ha determinado que debe ser regulado bajo leyes de protección al consumidor, en esta situación yo no coincido, pues aunque tenue diferencia no es lo mismo que se proteja al consumidor respecto de los grandes corporativos que ofrecen productos y servicios de mala calidad o que aumentan sus precios sin justificación alguna, lo cual es materia de la protección al consumidor.

Por lo que, se le debe brindar derechos para que se le reconozca esta protección a que se le reconozca al consumidor en todo asunto de competencia económica que necesariamente cuando una empresa genera una ineficiencia en los mercados, necesariamente no solamente tiene que ser analizado si esta ineficiencia le causó

---

<sup>24</sup> Una ponderación supone evitar la eliminación de una norma sino el decidir, el principio más viable o aplicable al caso.

<sup>25</sup> Tal como lo dispone Alexy, el procedimiento de ponderación racionalmente estructurado lo provee la teoría de los principios, los cuales son mandatos de optimización y como tales implican una regla de proporcionalidad, la cual está comprendida de tres subreglas: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. ALEXY, Robert, Derecho y Razón Práctica, México, 1993, p.32

una afectación a los demás competidores sino también esa ineficiencia, qué daño le causó a los consumidores, pues de aquí podemos retomar el ejemplo mencionado de Estados Unidos y las telecomunicaciones en donde AT&T estaba afectando el proceso de competencia pues estaba monopolizando las telecomunicaciones, pero que esto, en atención al bienestar del consumidor, tuvo una prevalencia que generó el desarrollo de las telecomunicaciones como las conocemos el día de hoy.

### **I. III. MAXIMIZACIÓN DEL BIENESTAR DEL CONSUMIDOR.**

La maximización del bienestar del consumidor es un principio que debe ser considerado en todo asunto de competencia económica, pues si bien es cierto en una generalidad el consumidor se vería beneficiado de que los principios de proceso de competencia y libre concurrencia fueran respetados para los casos difíciles, no necesariamente esto va a generar una maximización del bienestar del consumidor.

Con lo anterior no queremos decir que en todos los casos de competencia económica sea necesario hacer una valoración de todos los principios que convergen pues también es evidente que cuando se afecta el proceso de competencia, no necesariamente se está afectando al consumidor pues también existen razones que nos llevan a pensar que el exceso de competencia también es malo y que por tanto el que ciertas empresas buscaran eliminar a la competencia no trae consigo que se afecte a la competencia pues imaginemos una carrera de 100 metros planos en donde so pretexto de una libre concurrencia todos pudieran correr en esta carrera, pero que a la larga lo que traería es que realmente el espectador no estaría recibiendo el mejor espectáculo por esa carrera, pues ningún corredor lo podría estar haciendo de forma libre, entonces en este caso, si la autoridad no hiciera algo al respecto, sería contrario a derecho e inclusive afectaría al espectador (consumidor) que los propios corredores realizaran una autorregulación o cierta práctica para eliminar la competencia, en mi opinión la respuesta sería no, pues de lo contrario si se estaría afectando al consumidor, entonces en este caso se evidencia la necesidad de analizar los principios aquí mencionados en la competencia económica en México.

De lo anterior podemos concluir que realmente la maximización del bienestar del consumidor, en efecto, es un principio perdido en la competencia económica de México, esto también puede tender a una juventud de la misma en el país, pues tiene apenas 20 años de ser aplicada en México, por tanto no podemos determinar que hemos tenido la cantidad suficiente de casos para decir si este principio es o no

valorado por los jueces cuando resuelven casos de competencia económica, sin embargo determinamos que sí es un principio perdido en México pues los otros tres principios que hemos mencionado si se encuentran contenidos en la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE)<sup>26</sup>, tan es así que estos son de los objetivos que tiene la propia Ley, pero la maximización del bienestar del consumidor no se encuentra en estos objetivos de la Ley por lo cual podríamos asumir que el mismo no se encuentra siquiera contemplado en el derecho positivo Mexicano y que por tanto su aplicación sería más difícil.

Asimismo consideramos que este principio sí se encuentra inferido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en específico en el citado artículo 28<sup>27</sup>, entonces en uso de un constitucionalismo garantista<sup>28</sup>, pero aclarando, no porque comulguemos con esta corriente, sino porque consideramos que nos ayuda a fortalecer este argumento, es que resulta evidente de la lectura del artículo Constitucional que el principio que hemos referido sí se infiere de la norma

---

<sup>26</sup> El artículo 2 de la Ley Federal de Competencia Económica señala que “Esta Ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios”. Tal como se observa, en el artículo referido no se menciona al consumidor.

<sup>27</sup> Lo determinamos así pues de la lectura del artículo constitucional referido, podemos rescatar que el mismo, señala una sanción respecto a artículos de consumo necesario, un alza en precios, que los consumidores paguen precios exagerados y un perjuicio al público, es decir que el propio artículo está tratando de inferir que aquella persona que afecte la competencia y/o al bienestar del consumidor debiera ser sancionado.

<sup>28</sup> Echamos mano de esta corriente *iusfilosófica*, con la única intención de ejemplificar que el principio que hemos mencionado existe en los ordenamientos jurídicos, sólo que no ha sido aplicado. FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, 3a. Edición., Madrid, Trotta, 1999, pp. 23-28.

constitucional y que entonces si esto lo apoyáramos en un *iuspositivismo*, el mismo debiera estar contenido en la norma secundaria reglamentaria del artículo Constitucional en comento.

Finalmente, sin menoscabo de que el principio de maximización del bienestar del consumidor se encuentre perdido, eso no significa que por eso el mismo signifique inexistente en la competencia económica, ni que por tanto el mismo no pueda ser usado en dicha materia, e inclusive que el mismo no tiene cabida en la competencia económica, pues entonces estaríamos contradiciendo el propio génesis de dicha materia<sup>29</sup> la *Sherman Act* de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>30</sup>, la cual tenía como objetivo que dicha materia hiciera en beneficio del consumidor un contra peso<sup>31</sup> respecto de la ley del egoísmo<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Con lo anterior, no tratamos de señalar que la competencia económica no sea promercado tendiente a la eficiencia en los mismos, pero sí que en la misma también debe ser contemplados otros principios que la conforman.

<sup>30</sup> La cual sirvió de base para todas las legislaciones de competencia económica del mundo.

<sup>31</sup> Esto se observa de lo manifestado por el Senador Sherman del Estado de Ohio en la iniciativa de la referida ley en la cual manifiesta que “The law of selfishness, uncontrolled by competition, compels it to disregard the interest of the consumer” “La ley del egoísmo, descontrolada por la competencia, obliga a pasar por alto el bienestar del consumidor” (CONG. REC. 2457, 1890).

<sup>32</sup> Esta ley del egoísmo era a lo que Adam Smith se refería cuando explicaba el funcionamiento del mercado y su actuar u orden de mano invisible “It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker, that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves, not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our own necessities but of their advantages. Nobody but a beggar chooses to depend chiefly upon the benevolence of his fellow citizens” No es de la benevolencia del carnicero, el cervecero o el panadero que esperamos nuestra cena, sino de su relación con su propio interés

No puedo dejar de mencionar que una discusión entre si el valor de la maximización del bienestar del consumidor debe o no ser considerada para el análisis económico del derecho, se suscitó entre Ronald Dworkin y el Juez Richard Posner, yo coincido en parte con la postura de cada uno de estos autores, pues en efecto por un lado es necesario para la resolución de casos difíciles<sup>33</sup> se debe decidir el bienestar social<sup>34</sup> por encima de cualquier otro valor como lo menciona Dworkin<sup>35</sup>, pero también la economía es una ideología prevalente del derecho y por tanto es necesaria su valoración es resoluciones como lo menciona Posner<sup>36</sup>, por tanto podría determinar que el posible punto controvertido entre ambos juristas posiblemente se refiera a una situación temporal distinta del análisis del derecho para su resolución en casos difíciles, es decir, tal como lo hemos venido

---

(Egoísmo). Nos dirigimos, no a su humanidad sino a su amor propio y nunca hablar con ellos de nuestras propias necesidades, sino de sus ventajas. Nadie sino un mendigo escoge a depender principalmente de la benevolencia de sus conciudadanos, SMITH, Adam, *The Wealth of Nations*, Book I-III, Penguin, Inglaterra, 1982, p. 119.

<sup>33</sup> Es decir, aquellos casos filosóficos en donde un juez “Hércules” resuelva basándose en las teorías apropiadas de acuerdo a la legislación y los principios aplicables. DWORKIN, Ronald, *Hard Cases*, *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6, Estados Unidos, 1975, p. 1083.

<sup>34</sup> En este sentido coincido con Dworkin, entendiéndolo el bienestar social, como la maximización del bienestar del consumidor por encima del bienestar del productor en caso contrario considero no sería posible un debate sobre prevalencia de derechos o principios.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald, *Is Wealth a Value?* *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 2, *Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives*, Estados Unidos, 1980, p.216.

<sup>36</sup> POSNER, Richard, *The economics of justice*, Harvard University Press, Estados Unidos, 1983, p.114.

manifestando en el presente escrito, en primer lugar es necesario determinar los aspectos económicos sobre los cuales se va a fundar la resolución y posterior a determinar si en esos aspectos económicos existe alguna violación de principios económicos o jurídicos, para maximizar el bienestar de la sociedad en aras de evitar excesos o cualquier acto monopolizador de los sistemas de producción o de las riquezas, se deberá complementar el análisis allegándonos de los aspectos éticos que determinen si las cuestiones económicas son correctas bajo una perspectiva utilitarista.

El utilitarismo, que es la más antigua de las doctrinas, se basa con buscar responder la pregunta ¿Qué ha de hacer un hombre para ser feliz? A dicha pregunta se responde con la determinación de que la felicidad es el máximo placer posible. Para efectos del presente estudio nos referimos a la “Teoría de la Felicidad” de John Stuart Mill, en el sentido de que por más justificada que económicamente pudiera estar una decisión, si la misma no es tendiente a promover la felicidad del ser humano, la misma no podría ser justa, pues de igual manera en un aspecto de valores fundamentales la avaricia es un extremo pernicioso y por tanto una resolución judicial que ampare la misma, sería injusta<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> A lo largo de la historia han sido principalmente aplicados tres tipos de ética, la Marxista-Leninista, la ética del diálogo y el utilitarismo. El Marxismo-Leninismo, le brinda al hombre un cambio en su conciencia, esto es mediante la división del trabajo, con lo cual, de cierta manera hacen una distribución equitativa de riquezas, pero no así de lo bueno o lo malo, pero al igual que el utilitarismo, impone la satisfacción de los intereses sociales por encima de los individuales, restringiendo de nueva cuenta la conciencia del individuo CORTINA, Adela, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, Tecnos, Madrid, 2000. p. 49. La ética del diálogo se basa en primera instancia en una decisión arbitraria individual, pues nos lleva a quién determinará qué es moral y qué no lo es, trayendo como consecuencia la prioridad de los intereses universales, respecto a los individuales. CORTINA, Adela, *op. cit.* pp. 52 y 55

## **I. IV. NOCIONES GENERALES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA.**

### **I. IV. I. MERCADO.**

La noción de mercado<sup>38</sup> es estrictamente económica y la misma no necesariamente atiende a un lugar en específico, sino que refiere a la actividad de intercambio de productos (donde se oferta-demandan productos), servicios (donde se ofertan-demandan servicios o trabajo) o capitales (donde se ofertan-demanda fondos) que realizan los ofertantes y demandantes de forma libre<sup>39</sup>.

En teoría económica existen dos ramas de la economía, la macroeconomía que estudia el comportamiento de la economía como un todo<sup>40</sup> y la microeconomía que estudia de manera detallada el comportamiento de los precios y producción en una industria determinada<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Otra manera de entender al mercado es como un grupo de compradores y vendedores de un bien o servicio en particular. Los compradores son el grupo que determina la demanda del producto y los vendedores son el grupo que determina la oferta de dicho producto. MANKIW, Gregory, Principios de Economía, Sexta Edición, Cengage Learning, México, 2012. p.66.

<sup>39</sup> STIGLITZ, Joseph y WALSH, Carl, Microeconomía, 4ª Edición, Ariel, España, 2009, p.37.

<sup>40</sup> JIMENEZ, Félix, Macroeconomía: Enfoques y Modelos, Tomo I, 3ª Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2006. p.21.

<sup>41</sup> STIGLITZ, Joseph y WALSH, Carl, op. cit., p.39

La competencia económica pertenece a la microeconomía, la cual para su estudio divide al mercado en 4 modelos<sup>4243</sup>:

- a) Monopolio (entendiéndose como aquel mercado en donde hay sólo un oferente de productos, servicios o capitales)<sup>44</sup> o monopsonio (entendiéndose como aquel mercado en donde hay sólo un demandante de productos, servicios o capitales);
- b) Oligopolio (es aquel mercado en donde existe un número reducido de competidores),
- c) Competencia monopolística o competencia imperfecta (existen muchos competidores, que ofrecen sus productos, servicios o capitales que pueden ser sustituidos entre sí, pero que no son idénticos, por lo cual cada competidor puede influir en el precio de su producto, servicio o capital); y
- d) Competencia perfecta (ninguno de los competidores puede influir significativamente en el mercado y/o precio, tanto ofertantes como demandantes son precio-aceptantes o precio-demandantes, es decir la oferta y demanda determina el precio).

---

<sup>42</sup> Ídem. (Nota al pie 23).

<sup>43</sup> De forma general los mercados económicos de todo país son oligopólicos o de competencia monopolística, esto derivado de que por principios de política pública los monopolios no deben existir y la competencia perfecta se vislumbra como un principio de optimización o una utopía.

<sup>44</sup> En México el artículo 28 Constitucional prohíbe los monopolios, excluyendo del espectro los que más adelante referimos como no monopolios jurídicos.

#### **I. IV. II. MERCADO RELEVANTE<sup>45</sup>**

El derecho de la competencia económica regula la participación de los agentes económicos en los mercados, sin embargo partiendo de la definición de mercado, observamos complejo la regulación o sanción de agentes económicos en un mercado, pues si el mercado se entiende cercano a una competencia perfecta o es una competencia monopolística, en el mismo pueden existir tantos ofertantes, demandantes y productos/servicios/capitales sustituibles entre sí que resultaría complejo determinar la afectación que realizaron ciertos agentes económicos al proceso de competencia o libre concurrencia en dicho mercado.

Por ello, resultó necesario acotar el mercado a investigar o analizar, encunando la noción de mercado relevante, la cual, si bien la LFCE no la contempla, nuestro poder judicial lo ha definido como: “el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares, lo que le otorga una doble dimensión: De productos o servicios y geográfica o territorial”.<sup>46</sup>

Sin menoscabo de la definición citada, el propio poder judicial y la LFCE reconoce que el mercado relevante no sólo contempla dos dimensiones, sino que de facto son tres las cuales deberán ser consideradas a fin de determinar el mercado relevante: Geográfica (la posibilidad de adquirir los productos o insumos desde otras regiones y/o del extranjero, contemplando los costos, barreras, etc.), Producto (en donde se deben considerar las posibilidades sustituir el bien o servicio, los costos de distribución, el acceso a otros mercados por los consumidores, las barreras de

---

<sup>45</sup> Artículo 58. LFCE.

<sup>46</sup> Véase: 168609. MERCADO RELEVANTE. SU CONCEPTO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA. Localización: (Jurisprudencia); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXVIII, octubre de 2008; Pág. 2225. I.4o.A.J/75.

ingreso de los mismos, etc.) y Tiempo (considerando el tiempo u oportunidad para la sustitución y los cambios en el tiempo que puede tener cada mercado).

Las dimensiones referidas, servirán para acotar un mercado relevante para que las autoridades investigadoras, puedan confirmar la realización de una acción contraria al proceso de competencia o libre concurrencia. Tomando en cuenta el caso objeto del presente trabajo Petroedo cuenta con una participación de mercado del 50%, lo cual podría dar indicios de la existencia de un poder de mercado, sin embargo si el mercado a investigar fuera el de los hidrocarburos a nivel mundial, la participación de Petroedo posiblemente sería inferior al 1%, esto ante la existencia de varias actividades o productos y varios competidores a nivel mundial, lo que significaría que Petroedo no tendría poder de mercado y por tanto, posiblemente sus actos no incidan en el proceso de competencia y libre concurrencia, por ello resulta relevante definir el mercado aplicable al caso<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Resulta necesario esclarecer el marco teórico del mercado o mercados aplicables al caso, siendo el producto: la Gasolina. La cual es definida en el diccionario de la Real Academia Española como la “Mezcla de hidrocarburos líquidos volátiles e inflamables, más ligeros que el gasóleo, obtenidos de la destilación del crudo de petróleo y su posterior tratamiento químico, que se usa como combustible en algunos tipos de motores”. A su vez de lo que dispone la Ley de Hidrocarburos de México, la gasolina es un petrolífero, el cual es un producto que se obtiene de la refinación del hidrocarburo denominado petróleo.

### **I. IV. III. SUJETOS.**

Una vez esclarecida la noción de Competencia Económica, los efectos económicos y sociales del Derecho de la Competencia Económica en México y la noción de mercado, mercado relevante, resulta relevante explicar los sujetos del derecho de la Competencia Económica.

De forma general en el derecho de la Competencia Económica, participan los consumidores<sup>48</sup> o terceros<sup>49</sup>, los agentes económicos y las autoridades (Administrativas y Judiciales).

---

<sup>48</sup> La LFCE no considera al consumidor como un participante del espectro de regulación en materia de competencia económica, por ello la definición de consumidor será la que establezca el artículo 2 de la Ley Federal de Protección del Consumidor, “la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios.”. Si bien es cierto el consumidor no se encuentra regulado o definido en la LFCE, tal como se expone en páginas anteriores por lo referente al bienestar del consumidor y su maximización, el mismo, para efectos del presente trabajo, será considerado como sujeto del Derecho de la Competencia Económica.

<sup>49</sup> Para efectos del presente trabajo será tercero, por exclusión todo aquel que no sea un agente económico sujeto a un procedimiento regulatorio o sancionatorio en materia de competencia económica, tal sería el caso de: i) Persona ajena a la práctica monopólica absoluta, pero que por un derecho difuso pudieran tener una afectación por la práctica; ii) Persona participante del mercado económico investigado, pero, que no participa en la práctica, ni se ve directamente afectada por la misma y/o Persona que no forma parte del mercado económico investigado, las cuales a juicio de la Autoridad Reguladora, podrán participar como tercero coadyuvante en el procedimiento en materia de competencia económica; iii) Persona que por disposición legal (Autoridad no reguladora de la Competencia Económica o que su actividad no se considere monopolio o sujeto de regulación en

#### **I. IV. IV. AGENTE ECONÓMICO<sup>50</sup>**

El artículo tercero de las LFCE define al agente económico en un sentido amplio “Toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica”, lo que en principio de cuentas significa que todas las personas que participan en un mercado económico o cómo se participa en la realización de una actividad económica comprendida en un mercado económico calificarían como agentes económicos.

El concepto de agente económico ha tenido a lo largo de la aplicación de este en el derecho mexicano de ciertos alcances, connotaciones y excepciones legales, administrativas y judiciales que, en un sentido no exhaustivo serían:

1. Dimensión. En lo que refiere a la actividad económica, para determinar la afectación en el mercado, se ha realizado un levantamiento del velo corporativo<sup>51</sup>, que ha derivado en la creación y aplicación dentro del espectro

---

materia de competencia económica) pero que interactúa en el mercado a regular o investigar.

<sup>50</sup> La LFCE define al Agente Económico como toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica;

<sup>51</sup> También se conoce como la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica societaria, el velo corporativo “es considerado un instrumento generado en la costumbre mercantil, para proteger el corazón societario de una empresa y para evitar la comercialización accionaria en fraude a la verdad y en detrimento de otras empresas”. Véase: 2004357. VELO CORPORATIVO. SU ACEPCIÓN JURÍDICA.

de Agente Económico el contemplar el concepto de grupo de interés económico<sup>52</sup> al que pertenecen varios agentes económicos, sin importar que los mismos agentes económicos participen en el mismo mercado.

2. No Monopolios Jurídicos. Tal como lo establece el artículo 28 constitucional, No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, tales como correos, telégrafos, radiotelegrafía, minerales radiactivos, generación de energía nuclear, el sistema eléctrico nacional incluyendo la transmisión y distribución de energía eléctrica, la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos (en los términos que disponga la Constitución y las leyes reglamentarias, a través del banco central (acuñación de moneda y emisión de billetes), las asociaciones de trabajadores, las asociaciones o sociedades cooperativas de productores y los privilegios que otorgue el estado en materia de propiedad intelectual (sentido amplio), lo que significa que los actos comprendidos en las acepciones referidas, no estarán sujetos de regulación por la LFCE y por tanto no serían agentes económicos, pero respecto a las demás actividades económicas que realicen, sí serían considerados agentes económicos y sí estarían regulados por la LFCE<sup>53</sup>.

---

Localización: (Tesis aislada); 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXIII, agosto de 2013; Pág. 1749. I.5o.C.70 C.

<sup>52</sup> Es “cuando un conjunto de personas físicas o morales tienen intereses comerciales y financieros afines, y coordinan sus actividades para lograr un determinado objetivo común.” Véase: 168470, GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO. su CONCEPTO y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA, Localización: (Jurisprudencia); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, noviembre de 2008; Pág. 1244. I.4o.A. J/66.

<sup>53</sup> Artículos 6, 7 y 8 de la LFCE.

3. Auxiliares Mercantiles<sup>54</sup>. Si bien es cierto, en sentido estricto el concepto de comerciante que consignan los artículos 3º y 4º de nuestro código de comercio y los actos de comercio que se consignan en el artículo 75 del citado código, no refieren de forma directa al concepto de agente económico ni al de actividad económica, comprendidos en el derecho de la competencia económica, existe cierta relación entre dichos conceptos, pero en concordancia con lo que nuestro alto tribunal decidió, en nuestra opinión los auxiliares del comercio y del comerciante no son agentes económicos<sup>55</sup>, sin menoscabo de que sus acciones estén sujetas a una sanción por parte de la LFCE<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Son aquellos terceros que auxilian al comerciante o auxilian a que se dé el acto de comercio, los cuales se dividen en auxiliares del comerciante y auxiliares del comercio. DÁVALOS, María, Manual de introducción al derecho mercantil, Nostra Ediciones, México, 2010. p. 94

<sup>55</sup> Véase: 921867. NOTARIOS PÚBLICOS. NO SON AGENTES ECONÓMICOS PARA EFECTOS DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, Localización (Tesis Aislada) 9ª Época. Primera Sala. Apéndice (actualización 2002). Tomo III, Administrativa, P.R. SCJN, Pág. 159.

<sup>56</sup> El artículo 127 de la LFCE, establece la aplicación de sanciones económicas a los fedatarios públicos e inhabilitaciones a las personas físicas que participen o autoricen la realización de una conducta sancionada por la ley.

## **I. IV. V. AUTORIDADES.**

El 11 de junio de 2013 por medio del DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, el Congreso de la Unión determinó la creación de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), los cuales son órgano autónomo constitucionales, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio y que tiene como objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados<sup>57</sup>, delimitando las facultades del IFT a los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones y los demás mercados de la economía nacional será facultad<sup>58</sup> de la COFECE, de igual manera, en atención al decreto referido<sup>59</sup>, el Consejo de la Judicatura Federal, creó dos Tribunales Colegiados de Circuito y dos Juzgados de Distrito en materia administrativa especializados en materia de competencia económica, radiodifusión

---

<sup>57</sup> Ambas instituciones cuentan con un órgano supremo de decisión denominado Pleno el cual se conforma de 7 comisionados, dentro de los cuales uno funge como presidente, asimismo para el desahogo de los procedimientos en materia de competencia económica cuentan con una Autoridad Investigadora la cual es el órgano encargado de desahogar la etapa de investigación y es parte en el procedimiento seguido en forma de juicio.

<sup>58</sup> El artículo 12 de la LFCE establece las facultades con las que contará la COFECE y de acuerdo con el decreto referido, la LFCE y la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión dichas facultades en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones estarán confinadas al IFT.

<sup>59</sup> Transitorio décimo segundo del decreto, en concordancia con la reforma inserta en el decreto al artículo 94 constitucional.

y telecomunicaciones<sup>60</sup>, quienes son los encargados de resolver los amparos indirectos que se interpongan por las normas generales, actos u omisiones de la COFECE y/o del IFT así como los conflictos de facultades entre la COFECE y el IFT<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Lo anterior de acuerdo con el Acuerdo General 22/2013, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la conclusión de funciones de los Juzgados Cuarto y Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región, y su transformación como Juzgados Primero y Segundo de Distrito en Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal, y jurisdicción territorial en toda la República. A la conclusión de funciones de los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región y su transformación como Primer y Segundo Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República. Así como su domicilio, fecha de inicio de funcionamiento y a las reglas de turno, sistema de recepción y distribución de asuntos entre los órganos jurisdiccionales indicados. Y al cambio de denominación de la oficina de correspondencia común del Centro Auxiliar de la Primera Región, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de agosto de 2013.

<sup>61</sup> En caso de conflicto de facultades, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la LFCE, en principio cada autoridad determinará su competencia, ya sea que le remita a la otra autoridad el expediente en el que considere no estar facultada o si la otra autoridad tiene un expediente del cual la otra autoridad se considera competente se lo solicitaría. En caso de que ambas consideren ser o no ser competentes se solicitaría al Tribunal Colegiado de Circuito especializado en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones, que determine qué autoridad es competente.

Antes de las reformas de 2013, la autoridad encargada de prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones en México era la Comisión Federal de Competencia (COFECO), quien era un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, la cual contaba con autonomía técnica y operativa<sup>62</sup>. El predecesor del IFT era la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL)<sup>63</sup> quien era un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, la cual contaba con autonomía técnica y operativa, pero no tenía facultades para prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, sino era el encargado de regular, promover y supervisar el desarrollo eficiente y la cobertura social amplia de las telecomunicaciones y la radiodifusión en México.

---

<sup>62</sup> La creación de la Comisión Federal de Competencia se dio con la promulgación en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992 de la Ley Federal de Competencia Económica.

<sup>63</sup> Las funciones y operación de la Comisión Federal de Telecomunicaciones están regida por la Ley Federal de Telecomunicaciones, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 1995 y su creación se dio por decreto del entonces presidente Ernesto Zedillo el 8 de agosto de 1996.

## **I. V. CONTROLES DE LAS AUTORIDADES EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA<sup>64</sup>.**

Las autoridades de competencia garantizarán la libre competencia y concurrencia, y prevendrán, investigarán y combatirán los monopolios, las prácticas anticompetitivas y las ineficiencias económicas, a través de dos tipos de controles<sup>65</sup>:

- 1) El control ex ante, busca prevenir cualquier acto que tenga por objeto o efecto afectar la libre concurrencia o la competencia económica, ya sea por una ineficiente asignación de recursos públicos o por el aumento en el poder de mercado, dentro de estos actos se contemplan:
  - i) Concentraciones;
  - ii) Preponderancia;<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> En México los procedimientos en materia de competencia económica constan de dos partes ante la autoridad administrativa (COFECE/IFT), la primera etapa es la de investigación que está a cargo de la autoridad investigadora, quien tiene facultades amplias para investigar la probable comisión de un acto que tenga por objeto o efecto dañar el proceso de competencia y una segunda etapa denominada procedimiento seguido en forma de juicio el cual tiene el efecto de determinar al responsable de la comisión de un acto que tenga por objeto o efecto dañar el proceso de competencia. Posterior a estas etapas la COFECE o IFT emitirán una resolución, la cual podrá ser combatida ante las autoridades judiciales.

<sup>65</sup> Por su relevancia en el derecho de la competencia económica en México, así como en atención al caso objeto del presente trabajo, sólo se desarrollarán, con mayor detalle, las prácticas monopólicas y las concentraciones.

<sup>66</sup> La cual sólo es aplicable en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión y de acuerdo al Decreto de reforma Constitucional del 11 de junio de 2013 y a la Ley Federal de Telecomunicaciones y de Radiodifusión (LFTyR) serán aquellos agentes

iii) Condiciones de Mercado;<sup>67</sup>

iv) Existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia<sup>68</sup> o insumos esenciales; y<sup>69</sup>

---

económicos (se incluye Grupo de Interés Económico) que cuente (directa o indirectamente) una participación nacional mayor al cincuenta por ciento, pudiendo existir un Agente Económico Preponderante para el sector de las telecomunicaciones y uno para el de la Radiodifusión. Actualmente el IFT a través del Acuerdo P/IFT/EXT/060314/76 emitió la resolución mediante el cual determina al grupo de interés económico del que forman parte Telmex, Telnor, Telcel, América Móvil, Grupo Carso y Grupo Inbursa, como Agentes Económicos Preponderantes. De igual forma, en el sector de radiodifusión, determinó como grupo de interés económico, al Grupo Televisa S.A.B. y diversas empresas relacionadas, como Agentes Económicos Preponderantes, imponiendo, por tanto, una serie de medidas para evitar que se afectara la competencia y la libre concurrencia.

<sup>67</sup> De acuerdo con lo establecido en el título IV del Libro Tercero y demás relativos de la LFCE. Las condiciones de mercado comprenden la Competencia efectiva, existencia de poder sustancial u otro término análogo. Y consisten en determinar si en un mercado relevante existe elementos o agentes económicos que puedan generar efectos anticompetitivos.

<sup>68</sup> Consisten en la determinación de que en un mercado relevante existen elementos (bienes o servicios) que impiden la libre concurrencia y/o libre competencia, pudiendo generar por tanto efectos anticompetitivos.

<sup>69</sup> De acuerdo con la definición que se contempla en el artículo 3o de la LFTyR, el insumo esencial es aquel elemento o servicio que tiene u ofrece un agente económico o un número reducido de agentes económicos y que su reproducción no es viable (técnica, legal o económica) y es indispensable para otro bien o servicio.

- v) Opiniones en materia de competencia económica<sup>70</sup>.
- 2) El control ex post, busca sancionar la realización de actos que afectaron a la libre concurrencia o la competencia económica, dentro de estos actos se contemplan:
- i) Prácticas monopólicas (Absolutas y Relativas); y
  - ii) Concentraciones ilícitas<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> De acuerdo con lo establecido en la LFCE, las mismas serán realizadas por la COFECE o el IFT a solicitud de parte o de oficio respecto de normas jurídicas y/o la aplicación de cuestiones novedosa o no resueltas respecto a la LFCE

<sup>71</sup> En atención a lo dispuesto en la LFCE, las concentraciones que se realicen sin la autorización por parte de la autoridad reguladora, cuando sea procedente la autorización de esta y/o que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica, serán consideradas concentraciones ilícitas.

## I. V. I. PRÁCTICAS MONOPÓLICAS.

Respecto a las facultades *ex post*, podemos señalar las referentes a la persecución de prácticas monopólicas, existiendo dos tipos: a) las absolutas que son acuerdos entre competidores o acuerdos horizontales, las cuales implican un acuerdo entre empresas que operan en el mismo nivel de la cadena de producción o distribución<sup>72</sup>; b) las relativas o acuerdos verticales, las cuales son aquel convenio que celebran dos firmas que se encuentran en niveles diferentes de la cadena de valor o aquellas que son realizadas por un solo agente económico<sup>73</sup>.

La gran diferencia entre las absolutas y las relativas es que las absolutas son sancionadas por el simple hecho de realizarlas, pues bajo ese mismo entendimiento por su realización son perniciosas para el proceso de competencia y libre concurrencia<sup>74</sup>. En tanto que las relativas, como su propio nombre lo indica el que sean realizadas, no significa que las mismas son perniciosas para el proceso de competencia y libre concurrencia, pues se deberán configurar ciertos elementos para ser consideradas como tal, incluyendo la aplicación de ciertas excepciones que señala la ley<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> VELASCO, Luis, "Derecho europeo de la competencia, *antitrust* e intervenciones públicas", *Lex Nova*, España, 2005, p. 176.

<sup>73</sup> PINKAS, Blanck, *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701, legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*, Perú, Fondo Editorial PUCP, 2002, p. 240.

<sup>74</sup> También se le conoce como la "Per Se Rule". Para mejor referencia Véase *National Soc. of Professional Engineers v. U.S.*, 435 U.S. 679 (1978).

<sup>75</sup> La doctrina aplicable a estas prácticas es la que se conoce como "regla de la razón" en la que tal como lo dispone la legislación mexicana se deberá definir el mercado relevante y el poder sustancial que tiene el demandado dentro del mercado determinado". GARCÍA, Rodríguez, Sergio, *Estudio en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, serie I, Estudios Económicos, UNAM, núm. 24, 1994, p.

## I. V. II. PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS.

En derecho mexicano, las prácticas monopólicas absolutas, son consideradas también como cárteles económicos o colusiones entre competidores. Las cuales tal como lo dispone la LFCE son acuerdos<sup>76</sup> entre Agentes Económicos competidores entre sí<sup>77</sup>, ya sea a través de contratos, convenios, arreglos o combinaciones, las cuales tendrán como efecto cuyo objeto o efecto sea<sup>78</sup>:

---

50. Véase. 2012165. PRÁCTICA MONOPÓLICA RELATIVA. PARA SU DEMOSTRACIÓN DEBE ACUDIRSE A LA "REGLA DE LA RAZÓN". Localización: (Tesis Aislada) 10ª Época. T.C.C. S.J.F. y su Gaceta. Libro 32, Julio de 2016, Pág. 2181. I.1o.A.E.163 A

<sup>76</sup> En los que refiere a las Prácticas Monopólicas Absolutas se permite el uso de la prueba indirecta, es decir que las autoridades en materia de competencia económica no van a requerir presentar el documento o documentos en donde conste los contratos, convenios, arreglos o combinaciones por medio de los cuales realizaron la práctica, sino que con el simple hecho de presentar "indicios suficientes, administrados con enunciados generales, ciertos hechos o circunstancias a partir de lo que se conoce como la mejor información disponible, respecto de la actuación de empresas que han concertado acuerdos para llevar a cabo prácticas monopólicas". Véase: 168495. COMPETENCIA ECONÓMICA. LA PRUEBA INDIRECTA ES IDÓNEA PARA ACREDITAR, A TRAVÉS DE INDICIOS, CIERTOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS A PARTIR DE LO QUE SE CONOCE COMO LA MEJOR INFORMACIÓN DISPONIBLE, RESPECTO DE LA ACTUACIÓN DE EMPRESAS QUE HAN CONCERTADO ACUERDOS PARA LLEVAR A CABO PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. Localización (Jurisprudencia) 9ª Época. T.C.C. S.J.F y su Gaceta. Tomo XXVIII, noviembre de 2008, Pág. 1228. I.4o.A. J/74

<sup>77</sup> Ya sea en la producción, distribución o comercialización de un mismo bien o servicio

<sup>78</sup> Artículo 53. LFCE

a) Establecimiento de precio, así como el intercambio de información con dicho objeto o efecto.

b) Restringir la oferta o demanda de un bien o servicio, así como el intercambio de información con dicho objeto o efecto.

c) Segmentar mercado, así como el intercambio de información con dicho objeto o efecto.

d) Coordinación en licitaciones, así como el intercambio de información con dicho objeto o efecto.

### **I. V. III. PRÁCTICAS MONOPÓLICAS RELATIVAS.**

Las Prácticas Monopólicas Relativas, serán investigadas y/o sancionadas cuando se realicen por un Agente o Agentes económicos con poder sustancial<sup>79</sup> (individual o conjunto) que tenga o pueda tener como objeto o efecto desplazar indebidamente a otros agentes económicos o establecer ventajas exclusivas a uno o varios Agentes Económicos<sup>80</sup>, siempre y cuando no generen ganancias en eficiencia o incidan favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia y en el bienestar del consumidor<sup>81</sup>, consintiendo en los siguientes actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones<sup>82</sup>:

a) Segmentación de mercado; b) Fijación de precios de reventa; c) Ventas atadas; d) Exclusividades; e) Negativa de trato; f) Boicot; g) Depredación de precios; h) Descuentos por lealtad o ventas condicionadas; i) Subsidios cruzados; j) Discriminación de precios; k) Elevación de costos a rivales; l) Obstáculos al acceso a un insumo esencial; m) Estrechamiento de márgenes.

---

<sup>79</sup> El poder sustancial es la capacidad para fijar precios por encima del de competencia que tiene uno o varios agentes económicos. Véase. 2011144. COMPETENCIA ECONÓMICA. CONCEPTO DE "PODER SUSTANCIAL" EN ESA MATERIA. Localización (Tesis Aislada) 10ª Época. T.C.C. S.J.F y su Gaceta. Libro 27, febrero de 2016, Pág. 2036. I.1o.A.E.122 A. Para ello se deberá tomar en cuenta su participación en el mercado, su poder de mercado, su comportamiento, sus competidores, la existencia de barreras a la entrada y el acceso a insumos Artículo 59. LFCE.

<sup>80</sup> Artículo 54 LFCE.

<sup>81</sup> Artículo 55 LFCE.

<sup>82</sup> Artículo 56 LFCE.

#### I. V. IV. CONCENTRACIONES.

EL artículo 61 de la LFCE define concentración como “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” es decir en sentido estricto las concentraciones son todo acto que signifique la transferencia de bienes y/o activos entre agentes económicos, sin embargo en México en materia de competencia económica y por cuestiones de eficiencia administrativa el análisis e investigación solo serán objeto de escrutinio por las autoridades, las concentraciones ilícitas<sup>83</sup>, es decir las que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre competencia o la competencia económica cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre competencia.

Las concentraciones son de tres tipos<sup>84</sup>:

- 1) Las horizontales, las cuales se refieren a fusiones de empresas que venden o prestan los mismos productos o servicios iguales o similares en la misma área geográfica (entre competidores)<sup>85</sup>;

---

<sup>83</sup> Artículo 62 LFCE.

<sup>84</sup> SANTOS, Luis, “Algunas consideraciones en torno a las reformas a la Ley Federal de Competencia Económica en materia de concentraciones” en ROLDÁN XOPA, José y MENA LABARTHE, Carlos, *Competencia Económica: Estudios de Derecho, Economía y Política*, Porrúa, México, 2007, p. 134.

<sup>85</sup> PEREDO, Amílcar, *Competencia económica: Teoría y práctica*, Porrúa, México, 2004, p.274.

- 2) Las verticales<sup>86</sup> que se refieren a las fusiones entre agentes económicos que pertenecen a un mismo proceso de producción; y
- 3) Los conglomerados los cuales se refieren a aquellas fusiones entre partes no relacionadas, es decir ni competidores, ni proveedores ni clientes entre sí<sup>87</sup>, siendo estos de tres tipos:<sup>88</sup>
  - a) Las que se denominan de extensión de producto, es decir la elaboración de distintos bienes diferentes, pero en un mismo proceso productivo distributivo o de comercialización;
  - b) Las que se refieren a extensión de mercado es decir un mismo producto, pero en mercados geográficos distintos; y
  - c) El conglomerado puro entre agentes económicos que no tienen ninguna relación entre sí.

---

<sup>86</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Competencia Económica: Aspectos jurídicos y económicos*, Porrúa, México, 2005, p. 238.

<sup>87</sup> COLOMA, German, “¿concentración monopólica o de conglomerado?”, *la Ley*, Argentina, 17 de febrero de 2010, 2010, p.8.

<sup>88</sup> PARKIN, Michael, *Microeconomía*, Pearson Educación, México, Séptima edición 2006, p. 353.

## II. ANÁLISIS DEL CASO “GASOLINAS” EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

### II. I. DESCRIPCIÓN DEL CASO<sup>89</sup>.

**PRIMERO.** Derivado del proceso de reforma al sector energético, que significó la eliminación del monopolio de Estado en todos los eslabones de la cadena productiva en el mercado de las gasolinas, permitiendo la inversión privada en el monopolio estatal “Petroedo” y que los particulares pudieran participar en todos los eslabones de la cadena de valor en el mercado de gasolinas, es decir que ninguna actividad en el mercado de las gasolinas en dicho país sería considerada como un no monopolio jurídico.

**SEGUNDO.** Antes de la reforma la venta de primera mano<sup>90</sup> de Petroedo a las gasolinerías era del 100%, actualmente y derivado de la existencia de 3 agentes económicos más, la participación de Petroedo es del 50%.

**TERCERO.** Las actividades relacionadas con el mercado de las gasolinas son: la extracción del petróleo crudo, su refinación y obtención de gasolinas, la distribución a las terminales de almacenamiento y reparto, la venta de primera mano a las estaciones de servicio y por último al consumidor final.

---

<sup>89</sup> Para efectos del presente caso, se aplicará mutatis mutandis el derecho mexicano de la competencia económica, por lo que las acciones que pudiera realizar la Comisión Nacional de Hidrocarburos, Secretaría de Energía, Comisión Reguladora de Energía “CRE” o cualquier otra secretaría del ejecutivo federal.

<sup>90</sup> En atención al 13º transitorio de la ley de hidrocarburos de México, se entiende por venta de primera mano la primera enajenación, en territorio nacional, que realice Petróleos Mexicanos, sus organismos subsidiarios o divisiones, y cualquier otra empresa productiva del Estado, o una Persona Moral, por cuenta y orden del Estado, a un tercero o entre ellos.

**CUARTO.** La actual participación de los agentes económicos en el mercado de la gasolina es:

<b>Agente Económico</b>	<b>Suministro o Distribución de gasolina</b>	<b>Almacenamiento</b>
Ecogasolina	10%	5%
Gasotodo	15%	15%
Exxonan	25%	30%
Petroedo	50%	50%
TOTAL	100%	100%

**QUINTO.** Petroedo realizó las siguientes acciones tendientes a recuperar y/o mantener su posición en el mercado:

1. Creación del “programa de reserva”, consistente ofrecer a ciertas gasolinera mejores precios y suministro garantizado de la gasolina, a través del otorgamiento de contratos en exclusiva.
2. Derivado del “programa de reserva” la gasolinera debía:
  - a. Comprar exclusivamente su gasolina a Petroedo, para garantizar el promedio de venta mensual de gasolina que le haya comprado en el mes anterior, más un descuento del 5% al precio de lista.
  - b. Contratar el servicio fleteo o traslado de las gasolinas de la terminal de almacenamiento y reparto a un precio y condiciones “preferentes”, esto bajo un contrato independiente al de venta de la gasolina.

**SEXTO.** Exxonan y Gasotodo tienen una Alianza Estratégica por un valor de 48 millones de veces SMGV.

## **II. II. ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS RELEVANTES Y PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS A RESOLVER<sup>91</sup>.**

**PRIMERO.** Determinar si se realizaron o actualizaron prácticas monopólicas relativas por parte de alguno de los cuatro agentes económicos Petroedo, Exxonan, Gasotodo y Ecogasolina.

**SEGUNDO.** En caso de que sí hubiera una práctica monopólica relativa, se deberá determinar la existencia de poder sustancial en uno o varios mercados relevantes por parte de alguno o algunos de los agentes económicos citados.

**TERCERO.** Determinar si la Alianza Estratégica de Exxonan y Gasotodo es una concentración en el derecho aplicable.

**CUARTO.** En caso de que sí sea una concentración, se deberá determinar si la misma afecta o afectaría el proceso de competencia y libre concurrencia, si debió haber sido notificada a la COFECE y si la misma sería considerada como una concentración ilícita.

---

<sup>91</sup> En caso de que se configurarían las prácticas anticompetitivas mencionadas, sería la COFECE la autoridad encargada de investigarlas y sancionarlas.

## **II. III. PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL CASO PLANTEADO Y ASPECTOS ÉTICOS RELACIONADOS.**

### **II. III. I. PRÁCTICA MONOPÓLICA RELATIVA.**

Tal como se mencionó anteriormente, las Prácticas Monopólicas Relativas “PMR”, están sujetas a la “rule of reason”, es decir no porque la actividad realizada por el Agente Económico encuadre en los supuestos señalados por el artículo 56 de la LFCE, se estaría hablando de una PMR<sup>92</sup>, pues se deberá considerar el poder sustancial del agente económico en el mercado relevante y analizar si la práctica no genera ganancias en eficiencia<sup>93</sup>.

El “programa de reserva” implementado por Petroedo, podría constituir la comisión de las siguientes PMR, pues encuadran en los siguientes criterios indicados en el artículo 56 de la LFCE<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> En los esquemas de franquicia en México, es una práctica común que, con el fin de mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios, se establezcan disposiciones que pueden encuadrar en la PMR denominada “Exclusividades” fracción IV del artículo 56 de la LFCE, sin embargo, dichos esquemas per se no son considerados PMR, sino que estarán sujetos a la prueba de relatividad establecido en la LFCE.

<sup>93</sup> En lo denominados Outlets las empresas con o sin poder sustancial en un mercado relevante, venden saldos, productos defectuosos o perecederos, en ocasiones por debajo de su costo medio variable/total, lo que podría encuadrar en la PMR denominada “Depredación de precios” fracción VII del artículo 56 de la LFCE, pero esta práctica podría ser considerada como ganancia en eficiencia, por lo tanto, no sería sancionada de acuerdo con el artículo 55 de la LFCE.

<sup>94</sup> La acción no contemplada en el “programa de reserva”, consistente que Petroedo, bajo el argumento de que se debe abastecer a todo el País de gasolina, debe

**PRIMERO.** Al establecer la obligación a las gasolineras de contratar el servicio de flete o traslado a un precio especial. Se configura la PMR denominada “Ventas Atadas<sup>95</sup>” que se entiende cuando un proveedor condiciona la venta de un producto, bien o servicio para comprar o contratar otro distinto.<sup>9697</sup>

**SEGUNDO.** Al establecer que las gasolineras sólo podrían comprar la gasolina de Petroedo, a cambio de garantizar un surtido y precio de la gasolina. Se configura la

---

obtener mayores utilidades en mercados más rentables subsidiando con ello mercados menos rentables, no podría configurar la PMR “Subsidios cruzados (Fracción IX del artículo 56 de la LFCE ), pues dicha PMR requiere que las ganancias de un servicio, usualmente denominado estrella, subsidie las pérdidas de otro servicio menos relevante; Y en el caso de Petroedo los servicios son los mismos, sólo se está subsidiando el mismo servicio pero en zonas diferentes. Lo anterior, es sin menoscabo de la posible revocación al permiso, que se pudiera dar por la prohibición de subsidios cruzados que establece la fracción X del artículo 86 de la Ley de Hidrocarburos.

<sup>95</sup> Fracción III del artículo 56 de la LFCE.

<sup>96</sup> Un ejemplo de una PMR por Ventas Atadas es el DE-030-2011 en donde la COFECE investigó el mercado de la cadena de exportación de aguacates a EUA, derivado de que la Asociación de Empacadores Exportadores de Aguacate de México (APEAM) imposibilitaba la exportación de aguacate a los Estados Unidos de América a todos aquellos empacadores que no estuvieran afiliados a este organismo.

<sup>97</sup> La propia COFECE en la OPN-015-2015 establece que Pemex TRI no debe establecer modalidades de entrega obligatorias para los adquirentes, sin menoscabo de que podría resultar en una PMR, se inhibiría el desarrollo de nueva infraestructura de almacenamiento y transporte en beneficio de Pemex y por tanto perjuicio de la competencia y el consumidor.

PMR denominada “Exclusividades<sup>98</sup>”, que consiste en vender algún producto bajo la condición de adquirir el mismo producto de un tercero.<sup>99</sup>

**TERCERO.** El elegir ciertas gasolineras para ser sujetas del “programa de reserva” se puede constituir como la PMR “Negativa de trato<sup>100101</sup>”, pues se inferiría que Petroedo se rehusaría a vender a gasolineras no incluidas en el programa.

**CUARTO.** Petroedo estaría cometiendo la PMR denominada “Discriminación de precios<sup>102103</sup>”, al elegir a ciertas gasolineras para su “programa de reserva” pues al sólo ofrecerles a esas gasolineras ciertos precios.

---

<sup>98</sup> Fracción IV del artículo 56 de la LFCE.

<sup>99</sup> Un ejemplo es el caso DE-006-2000, en el cual la COFECO investigó el mercado de bebidas carbonatadas conocidas comúnmente como refrescos, resultando que Grupo Coca-Cola condicionaba a sus compradores, a que para recibir y vender Coca-Cola no podían vender bebidas carbonatadas en envases cerrados que no fueran de su marca.

<sup>100</sup> Fracción V del artículo 56 de la LFCE.

<sup>101</sup> Un ejemplo de Negativa de trato es el DE-015-2013 relacionada el mercado del acceso a zona federal y estacionamiento para la prestación del servicio público de autotransporte federal de pasajeros con origen o destino en el aeropuerto internacional de la Ciudad de México, consistiendo en las prácticas cometidas por el Aeropuerto de la Ciudad de México, al establecer condiciones contractuales relacionadas con el acceso y estacionamiento a los servicios de taxi, impidiendo la entrada de nuevos prestadores de servicio de taxi.

<sup>102</sup> Fracción X del artículo 56 de la LFCE.

<sup>103</sup> La DE-37-2006 en contra de Telcel sería un caso de discriminación por precios, pues Telcel ofrecía un precio a sus usuarios y otro a los usuarios de los competidores

## II. III. II. MERCADO RELEVANTE.

La cadena de valor del petrolífero (gasolina) en México consiste en la extracción del petróleo, refinación, producción e importación, transporte, almacenamiento, suministro o distribución, venta de primera mano o comercialización, traslado y expendio al público<sup>104</sup>.

Para la determinación del mercado relevante se considerarán los siguientes criterios que se establecen en el artículo 58 de la LFCE.

**PRIMERO**<sup>105</sup>. El bien que se refiere en el caso es la gasolina, la cual es un combustible automotriz que se usa en motores de combustión interna mediante ignición por una chispa eléctrica<sup>106</sup>, el cual no tiene sustitutos a largo plazo<sup>107108</sup>. Los eslabones de la cadena de valor del mercado de las gasolinas no son sustituibles, sin embargo, al permitir que los particulares pudieran participar en todos los eslabones de la cadena de valor en el mercado de gasolinas, permite que los

---

<sup>104</sup> De acuerdo con el artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos y a la resolución de la COFECE DE-024-2010.

<sup>105</sup> Fracción I del artículo 58 de la LFCE.

<sup>106</sup> Fracción IX del artículo 2 de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios.

<sup>107</sup> SÁNCHEZ, Armando, ISLAS, Suriel y SHEINBAUM, Claudia, Demanda de gasolina y la heterogeneidad en los ingresos de los hogares en México, investigación económica, vol. LXXIV, núm. 291, México. 2015, p 139.

<sup>108</sup> Si bien existen los combustibles ecológicos o el uso de gas LP los mismos requieren de adaptación en los motores, así como una mayor oferta de estos, lo cual impide que se pueda considerar a los mismos como sustitutos, asimismo los vehículos eléctricos no se podrían considerar como un sustituto de la gasolina, sino como un sustituto de los motores de combustión interna, pues los motores de combustión interna siguen necesitando la gasolina para su funcionamiento.

de<sup>109</sup> almacenamiento, suministro o distribución y comercialización de la gasolina tenga sustituibilidad entre los diversos proveedores del servicio, por lo que cada servicio es complementario y por tanto puede ser considerado como un solo mercado.

**SEGUNDO**<sup>110</sup>. En lo que refiere a los costos de distribución de la gasolina y de sus insumos el mercado relevante del almacenamiento y suministro o distribución sería a nivel internacional, lo anterior derivado de la apertura del mercado de la gasolina que permite la importación de la misma<sup>111</sup>, sin embargo, lo anterior significaría grandes inversiones en infraestructura (ductos o redes de distribución eficientes para una distribución a bajo costo y/o pronta) lo cual podría representar que el mercado tuviera una dimensión geográfica nacional, en lo que refiere a la comercialización la misma sería a nivel nacional, lo anterior derivado de que la misma se realizaría a gasolineras ubicadas en territorio nacional.

**TERCERO**<sup>112</sup>. En lo que refiere a los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados a la posibilidad, la dimensión geográfica sería internacional al poder acudir las gasolineras a mercados internacionales para comprar la gasolina, sin embargo, al igual que el punto anterior, los altos costos para importar la gasolina de mercados internacionales podría significar que el mercado fuera nacional.

---

<sup>109</sup> En el caso se menciona que Exxonan cuenta con una alta participación en la refinación, sin embargo, de acuerdo con la ley de hidrocarburos la refinación no es exclusiva de la gasolina, por ello para efectos de la determinación del mercado relevante no forma parte de los servicios relacionados con la gasolina.

<sup>110</sup> Fracción II del artículo 58 de la LFCE.

<sup>111</sup> Transitorio Décimo Cuarto Ley de Hidrocarburos.

<sup>112</sup> Fracción III del artículo 58 de la LFCE

**CUARTO**<sup>113</sup>. En lo que refiere a las restricciones normativas de acuerdo con el artículo 48 de la Ley de Hidrocarburos, los servicios de almacenamiento, suministro o distribución y comercialización de la gasolina requieren permiso de la CRE, por lo que el mercado relevante sería de dimensión geográfica nacional.

**POR LO ANTERIOR, SE DETERMINA QUE EL MERCADO RELEVANTE APLICABLE AL CASO ES EL DE “EL ALMACENAMIENTO, SUMINISTRO O DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE LA GASOLINA A NIVEL NACIONAL”.**

---

<sup>113</sup> Fracción IV del artículo 58 de la LFCE

### II. III. III. PODER SUSTANCIAL.

Petroedo cuenta con una participación del 50% en los servicios de almacenamiento, suministro o distribución y comercialización de la gasolina a nivel nacional, lo cual per se no le brinda poder sustancial<sup>114</sup>, pero podría dar indicios de que tiene poder de mercado<sup>115</sup>, por lo que resulta necesario realizar el siguiente análisis<sup>116</sup> basado en el artículo 59 de la LFCE<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Antes de la década de los 70's en Estados Unidos, se consideraba necesario mínimo 50% para tener poder de mercado, sin embargo, en el caso *Yoder Bros., Inc. v. Cal.-Fla. Plant Corp.*, 537 F.2d, 1347, 1367 n.19 (5th Cir. 1976) se estableció que es necesario contemplar otros factores además de la participación, incluso en el caso *Colo. Interstate Gas Co. v. Natural Gas Pipeline Co. of Am.*, 885 F.2d 683, 694 n.18 (10th Cir. 1989) se hablaba de un mínimo de 70-80%.

<sup>115</sup> Si tomamos como ejemplo las telecomunicaciones en México, la participación de Petroedo le daría como resultado ser un agente económico con poder sustancial o preponderante (En el sector de las telecomunicaciones y radiodifusión se estableció que sería preponderante aquella empresa de uno de los sectores de telecomunicaciones o radiodifusión que tenga directa o indirectamente una participación nacional mayor al 50 por ciento del mercado).

<sup>116</sup> Véase 2011160. PODER SUSTANCIAL EN UN MERCADO RELEVANTE. VARIABLES QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA DETERMINARLO. Localización (Tesis Aislada) 10a Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Libro 27, febrero de 2016, Pág. 2110. I.1o.A.E.123 A.

<sup>117</sup> Es muy factible que el mercado será regulado de forma asimétrica por las participaciones, si usamos a México como ejemplo, antes de la reforma el mercado de las gasolinas era monopólico y posterior se abrió, y tanto la ley como el regulador ha buscado establecer lineamientos para regular la asimetría en dichos mercados.

**PRIMERO**<sup>118</sup>. La participación de Petroedo es del 50%, sin embargo, en el derecho mexicano con excepción de la venta al público de gasolina<sup>119</sup>, la CRE está facultada de expedir y regular los precio y tarifas de los servicios<sup>120</sup>, por lo que Petroedo no podría fijar precios, asimismo, al existir un mercado internacional de los productos y servicios, el abasto no podría ser restringido. Sin embargo, en caso de no existir una regulación de precios o en el caso del precio al público de la gasolina, Petroedo sí podría fijar precios y sus competidores no podrían contrarrestarlo, pues el mercado de la gasolina resulta ser de oportunidad o de ubicación, por lo que los competidores no pueden contrarrestar dicho poder.

**SEGUNDO**<sup>121</sup>. Las altas inversiones que requiere el mercado de las gasolinas, la regulación que se tendría para la prestación de servicios, los aranceles y fluctuaciones de los precios del petróleo y los esquemas de franquicias que operan en las gasolineras<sup>122</sup>, así como la necesidad de permiso para poder prestar los

---

<sup>118</sup> Fracción I artículo 59 de la LFCE.

<sup>119</sup> El cual a partir del 1 de enero de 2018 los precios se establecerían de acuerdo con el mercado. 14º transitorio Ley de Hidrocarburos.

<sup>120</sup> Artículo 82 Ley de Hidrocarburos.

<sup>121</sup> Fracción II artículo 59 de la LFCE y artículo 7 de las Disposiciones Regulatorias.

<sup>122</sup> Debemos recordar que el esquema de franquicia de gasolineras, permite que las gasolineras no tengan una competencia intra marca, esto en atención a que para el usuario final lo determinante en la selección de la gasolinera es la ubicación, por ello resulta difícil determinar un poder sustancial por el posicionamiento de la marca (Fracción I del artículo 8 de las Disposiciones Regulatorias), sin embargo al existir un diferencial mínimo entre el costo de la gasolina de una gasolinera a la otra y costo de traslado para acudir a otra gasolinera, se podría cumplir el criterio establecido en la fracción III del artículo 8 de las Disposiciones Regulatorias referente a “La existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores”, para determinar la

servicios, denota la existencia de barreras a la entrada para nuevos competidores<sup>123</sup>.

**TERCERO**<sup>124</sup>. Actualmente Petroedo sólo cuenta con 3 competidores, pero por la Alianza Estratégica de Exxonan y Gasotodo serían 2 competidores, en donde uno tendría una participación del 40% a 45% con lo que podría realizar un contrapeso a Petroedo.

**CUARTO**<sup>125</sup>. En el año 2015, México importó el 53% de la demanda nacional de gasolina<sup>126</sup>, por lo que en un mercado abierto de importación de gasolina, el acceso por parte de los consumidores a insumos o gasolina sería factible<sup>127</sup>, sin embargo, actualmente existen barreras a la importación de la gasolina, relacionada con el acceso a los ductos de internación e instalaciones portuarias, el uso de ductos y tanques para el transporte, lo anterior derivado de las situaciones geográficas en el País, así como las regulaciones secundarias en materia de puertos y caminos<sup>128</sup>. Por ello se ve limitado el acceso por parte de los competidores de Petroedo a fuentes de insumos y/o para la provisión del bien a un costo menor al que maneja Petroedo.

---

presunción de poder sustancial por cualquier Agente Económico participante en el mercado de las gasolinas.

<sup>123</sup> Tan es así que en el caso sólo existen 4 agentes económicos, por ello es un mercado altamente concentrado.

<sup>124</sup> Fracción III artículo 59 de la LFCE.

<sup>125</sup> Fracción IV artículo 59 de la LFCE.

<sup>126</sup> SENER, Prospectiva de petróleo y petrolíferos 2015-2029.

<sup>127</sup> En atención a esto es posible determinar que no habría una falta de acceso a importaciones, pero sí existen costos elevados de internación, por lo que de igual manera se estaría confirmando el criterio contemplado en la fracción 2ª del artículo 8 de las Disposiciones Regulatorias.

<sup>128</sup> COFECE, OPN-013-2016.

**QUINTO**<sup>129</sup>. Actualmente, con la apertura del mercado de las gasolinas, Petroedo ha perdido hasta un 50% de su participación en el mismo, lo cual se presume es derivado del comienzo de una competencia efectiva en el mercado, incluso con las tendencias actuales es posible que por la forma agresiva de participación de sus competidores, Petroedo en un futuro cercano pierda más participación de mercado, sin embargo, al tratarse de un mercado hasta el momento asimétrico, es innegable que el comportamiento de los competidores no resulta factor para impedir las PMR por parte de Petroedo.<sup>130</sup>

**DE LO ANTERIOR, SE PRESUME QUE PETROEDO TIENE PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE DEL ALMACENAMIENTO, SUMINISTRO O DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE LA GASOLINA A NIVEL NACIONAL.**

---

<sup>129</sup> Fracción V artículo 59 de la LFCE.

<sup>130</sup> Lo anterior es sin menoscabo de que al ser un mercado oligopólico y por la forma en la que se maneja el sector, todos los competidores de Petroedo gocen de poder sustancial, adicional a que con la Alianza Estratégica de Exxonan y su constante adquisición de mayor participación del mercado en un corto plazo pueda tener Exxonan mayor participación que Petroedo, pero por ello resultaría necesario bloquear o condicionar la Alianza Estratégica.

## II. III. IV. ALIANZA ESTRATÉGICA.

### II. III. IV. I. CONCENTRACIÓN.

En atención a lo que dispone el artículo 61 de la LFCE, la concentración no sólo se refiere a las fusiones y adquisiciones (M&A por su acrónimo en inglés), sino que se comprende dentro de la definición de concentración “cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades”, entendiéndose por ello alianzas estratégicas, *Joint Venture Agreements* (JVA), Asociaciones en participación, etc., por tanto a las alianzas estratégicas les podría aplicar las medidas *ex ante* y *ex post* en materia de competencia económica, es decir podrían estar sujetas al escrutinio de las autoridades de competencia, debiendo someterse a su autorización y en caso de que el objeto o efecto de la Alianza Estratégica sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia la misma podrá estar sujetas a investigación y sanción por considerarse ilícitas.

Para determinar si una concentración debe ser sometida a autorización de la COFECE o IFT, con el fin de que las autoridades actúen con eficacia en materia de competencia económica y con ello cumplir con el mandato constitucional, el artículo 86 de la LFCE establece ciertos umbrales monetarios.

En el supuesto de que, lo mencionado por Petroedo<sup>131</sup>, fuera cierto y existiera una Alianza Estratégica entre Exxonan y Gasotodo por un valor de más de cuarenta y ocho millones al salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal (SMGV), dicha alianza debió haber sido notificada y autorizada por la COFECE, pues la misma significó un importe superior a los dieciocho millones de veces

---

<sup>131</sup> En las concentraciones los terceros no forman parte del proceso, por tanto, Petroedo no estaría obligado a saber si se notificó la Alianza Estratégica ante COFECE.

SMGV<sup>132</sup> cantidad que supera el umbral que establece la fracción primera del artículo 86 de la LFCE. Sin menoscabo, de que la COFECE investigue la concentración y determine su licitud, el no haber notificado la concentración cuando legalmente debió hacerse, de conformidad con la fracción VIII del artículo 127 les podría significar a Exxonan y Gasotodo la imposición de una multa de hasta el 5% de sus ingresos. Sin embargo, para la aplicación de dicha multa se debería confirmar que Exxonan y Gasotodo no notificaron, antes de que surtiera efectos la concentración a la COFECE.

---

<sup>132</sup> De acuerdo con la Ley para Determinar el Valor de la Unidad de Medida y Actualización publicada en el diario oficial de la federación el 30 de diciembre de 2016, la Unidad de Medida y Actualización será la unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, de las entidades federativas y de la Ciudad de México, así como en las disposiciones jurídicas que emanen de dichas leyes, sustituyendo al salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal.

## II. III. IV. II. CONCENTRACIÓN ILÍCITA.

Petroedo, Ecogasolina y el Ejecutivo Federal pueden solicitar a través de una denuncia ante la COFECE o la propia COFECE de oficio puede iniciar una investigación por considerar que la Alianza Estratégica debió haber sido notificada a la COFECE y/o porque la misma debe ser considerada como ilícita, bastando que la misma brinde una causa objetiva y/o indicio que afectaría el proceso de competencia o libre concurrencia

En caso de que la COFECE inicie una investigación respecto a la Alianza Estratégica, tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 64 de la LFCE, analizaría los siguientes indicios.

**PRIMERO**<sup>133</sup>. Si bien es cierto, en el mercado existe un agente económico que tiene el 50% de participación en el mercado de las gasolinas, en específico en los mercados de Suministro, Distribución y Almacenamiento de gasolina a nivel nacional, la concentración significaría una acumulación del 40-45% en un agente económico (Exxonan), lo que no significaría conferir un poder sustancial sí generaría una mayor concentración en el mercado al existir un aumento significativo en el Índice Herfindahl-Hirschman, tal como se podría observar en la siguiente tabla.

Agente Económico	Suministro o Distribución de gasolina. Preconcentración	Suministro o Distribución de gasolina. Post concentración.	Almacenamiento Preconcentración	Almacenamiento Post concentración.
Ecogasolina	10%	10%	5%	5%
Gasotodo	15%	0%	15%	0%
Exxonan	25%	40%	30%	45%
Petroedo	50%	50%	50%	50%
TOTAL	100%	100%	100%	100%
IHH <sup>134</sup>	3450	4200	3650	4550

<sup>133</sup> Fracción primera artículo 64 LFCE.

<sup>134</sup> El valor de índice Herfindahl-Hirschman (IHH) antes de la concentración de ambos mercados se ubicaba por encima de los 2000 puntos (incluso de los 3000

**SEGUNDO**<sup>135</sup>. La Alianza Estratégica podría generar un retroceso en el proceso de competencia del mercado de la gasolina, pues, además de concentrar más el mercado, se estaría pasando de un mercado asimétrico con un agente dominante, a un mercado duopólico, esto ante una participación mínima por parte de Ecogasolina. Asimismo, podría generar el establecimiento de barreras a la entrada consistente en una imitación por parte de Exxonan de los contratos en exclusiva que realizó Petroedo, así como el posible desplazamiento a Ecogasolina del mercado ante su falta de participación en el mercado, así como un desplazamiento de los competidores o efectos contrarios en la competencia al tener Exxonan una alta participación en el mercado de la refinación de gasolinas.

**TERCERO**<sup>136</sup>. La Alianza Estratégica, podría generar la existencia de un poder sustancial conjunto por parte de Petroedo y Exxonan, esto en atención a la existencia de incentivos comunes<sup>137</sup> (desplazamiento de Ecogasolina o

---

puntos que se usa los mercados de telecomunicaciones y radiodifusión) lo que significa que los mercados están altamente concentrados, adicional a que posterior a la concentración de Exxonan con Gasotodo la diferencia ( $\Delta$ ) de los valores del IHH calculados para el primer y segundo caso son superiores a los 100 puntos. Lo que significa que los efectos que podría tener la sería el obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre competencia o la competencia económica en dicho mercado relevante. Para mejor referencia véase. Lo anterior es derivado de los Criterios Técnicos para el cálculo y aplicación de un Índice Cuantitativo para medir la Concentración del Mercado, publicado por la Comisión Federal de Competencia Económica en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 2015.

<sup>135</sup> Fracción segunda artículo 64 LFCE

<sup>136</sup> Fracción tercera artículo 64 LFCE

<sup>137</sup> Artículo 9 de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica (Disposiciones Regulatorias) Publicadas en el Diario Oficial de la

estrechamiento de los márgenes) con lo cual podrían realizar una Práctica Monopólica Relativa en perjuicio de Ecogasolina y/o una Práctica Monopólica Absoluta consistente en una segmentación de mercado, ante lo referido por Petroedo de que los demás competidores no se encuentran interesados en ciertas regiones del país.

Los indicios anteriores, pueden inferir que la Alianza Estratégica sería una concentración ilícita y/o que la misma sería no autorizada por la COFECE, sin embargo, si bien es cierto en el mercado de Suministro, Distribución y Almacenamiento de gasolina a nivel nacional existe una gran concentración y con la misma se incrementaría la concentración, así como se podría afectar a los competidores, la concentración podría generar una mayor eficiencia e incidirá favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia, por consiguiente fuera autorizada o no sea considerada como ilícita, de acuerdo a los siguientes argumentos<sup>138</sup>:

**PRIMERO.** El mercado de las gasolinas, puede ser considerado como un monopolio u oligopolio natural esto atendiendo a que por razones de eficiencia sea más adecuado que existan pocas empresas en el mercado<sup>139140</sup>, por tanto la

---

Federación el 10 de noviembre de 2014, última reforma publicada el 14 de febrero de 2018.

<sup>138</sup> Artículo 14 de las Disposiciones Regulatorias.

<sup>139</sup> VOGELSANG, INGO, Public Enterprise in Monopolistic and Oligopolistic Industries, Harwood, Suiza, 1990, p.27

<sup>140</sup> Un oligopolio natural puede funcionar como un monopolio, por lo que difícilmente se podría acreditar una maximización del bienestar del consumidor, por lo que la concentración no podría generar un bienestar para el consumidor, afectando por tanto al proceso de competencia, libre concurrencia y a los consumidores, por lo que en un aspecto ético la misma debería ser sancionada o bloqueada, pero como

concentración podría tener como objeto o efecto que Exxonan y Gasotodo obtuvieran mayores ahorros y/o pudieran obtener mayores beneficios para la competencia y los consumidores<sup>141</sup>, esto derivado de que complementarían los conocimientos del sector que tiene Gasotodo, pues está conformado por agentes económicos que pertenecían a Petroedo y de grandes conocedores del mercado en la distribución y comercialización a nivel internacional como lo es Exxonan.

**SEGUNDO.** Al tener Exxonan una alta participación en el mercado de la refinación de gasolinas, se podría generar una reducción de costos en la producción de la gasolina, al aumentar el volumen de compra, derivado de lo que adquiriría Gasotodo<sup>142</sup>, así como al tener Exxonan amplia experiencia en la distribución y comercialización podría disminuir el costo de comercialización al expandir su red de distribución y almacenamiento.

**ANTE LOS ARGUMENTOS REFERIDOS, ES POSIBLE QUE LA CONCENTRACIÓN FUERA AUTORIZADA (CON POSIBLES CONDICIONES EN EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES EX ANTE DE LA COFECE) O NO SE CONSIDERARÁ ILÍCITA, PUES GENERA GANANCIAS EN EFICIENCIA.**

---

se ha mencionado en el ámbito de competencia económica la maximización del bienestar del consumidor es un tema no abordado y no considerado.

<sup>141</sup> Fracción I del artículo 14 de las Disposiciones Regulatorias

<sup>142</sup> Fracción II del artículo 14 de las Disposiciones Regulatorias

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** Tal como hemos señalado Petroedo tiene poder sustancial<sup>143</sup> en el mercado relevante del almacenamiento, suministro o distribución y comercialización de la gasolina a nivel nacional, y su actuación podrá configurar la comisión de las Prácticas Monopólicas Relativas (Ventas atadas, exclusividades, negativa de trato y discriminación de precios)<sup>144145</sup>.

---

<sup>143</sup> Si bien es cierto con la Alianza Estratégica de Exxonan y la actualidad del mercado Petroedo ha disminuido su participación la misma no significa que no tenga poder sustancial, en su caso podríamos hablar de poder sustancial conjunto entre Petroedo y Exxonan, pero esto no significaría que no pudieran ser sancionadas las acciones de Petroedo. por la participación actual

<sup>144</sup> Petroedo ha alegado que sus prácticas son por responsabilidad social y porque todo el país requiere del suministro de la gasolina, lo cual no podemos cuestionar, pero, las mismas no encuadran en lo dispuesto por el artículo 55 de la LFCE, por lo que al no acreditar ganancias en eficiencia o que inciden favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia y resultan en una mejora del bienestar del consumidor, las mismas podría ser sancionadas si se confirma su realización.

<sup>145</sup> En el caso DE-024-2010 la COFECE determinó que PEMEX tenía poder sustancial y había cometido PMR al condicionar a las gasolineras el surtido de gasolina si se adquirían otros servicios, sin embargo, la resolución de la CFC fue revocada por el poder judicial al entender que lo que condicionaba PEMEX seguía contemplado en las áreas estratégicas no abiertas a la inversión privada, por tanto no se consideraba violatorio a la LFCE, pero con la apertura del sector la investigación IO-001-2018 por la posible comisión de Prácticas Monopólicas Relativas en el mercado de "Comercialización, Almacenamiento y Transporte de Petrolíferos en México, y servicios relacionados con los mismos, podrá ser sancionada conforme a la LFCE.

**SEGUNDA.** En lo que refiere a la concentración de Exxonan y Gasotodo, si bien es cierto la misma podría ser autorizada, bajo el argumento de que existe otro agente con poder sustancial y se estaría buscando generar un contrapeso en el mercado de las gasolinas, en atención a ser un mercado regulado, sería recomendable que la COFECE la condicione con el fin de evitar un mayor poder de mercado de Exxonan, que por incursionar en un mercado, ab initio no sufriría de regulación que le impida adquirir mayor participación de mercado que pueda generar el desplazamiento de sus competidores, estableciendo que sólo pueda adquirir a Gasotodo en un eslabón de la cadena productiva, en caso de bloquearle evitar una colusión entre Gasotodo y Exxonan,<sup>146</sup> así como solicitar a Exxonan desincorpore su participación en el mercado de la refinación, esto en pro del proceso de competencia, libre concurrencia<sup>147</sup>.

**TERCERA.** Sin menoscabo de lo anterior, al ser el mercado de las gasolinas, un oligopolio natural el cual puede funcionar como un monopolio, es difícil acreditar una maximización del bienestar del consumidor, por lo que las acciones en materia de competencia económica, tanto la investigación o sanción por la comisión de una o varias PMR o el bloqueo o condicionamiento a la Alianza Estratégica de Exxonan,

---

<sup>146</sup> La Alianza Estratégica puede considerarse una práctica monopólica absoluta, dependiendo el intercambio de información y la colusión que se hubiera dado entre Exxonan y Gasotodo, sin embargo, por los elementos que se cuentan en el caso, no se podría determinar.

<sup>147</sup> Lo anterior es independiente de que la Alianza Estratégica podría estar sujeta también a la autorización de la Comisión Reguladora de Energía al considerar la misma como una participación cruzada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 83 de la Ley de Hidrocarburos y el Acuerdo por el que la Comisión Reguladora de Energía interpreta para efectos administrativos la participación cruzada a la que hace referencia el segundo párrafo del artículo 83 de la Ley de Hidrocarburos y establece el procedimiento para autorizarla, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de marzo de 2016.

difícilmente podrían generar un bienestar para el consumidor, afectando por tanto al proceso de competencia, libre concurrencia y a los consumidores, por lo que en un aspecto ético tanto las acciones de Petroed, Exxonan y Gasotodo, debieran ser sancionadas, pero ante la existencia de un posible acreditamiento de ganancias en eficiencia y que en el ámbito de competencia económica la maximización del bienestar del consumidor es un tema no abordado y no considerado, el consumidor no se vería beneficiado por las acciones de la COFECE, por ello resultaría conveniente repensar la regulación del sector con el fin de crear políticas que beneficien al usuario en forma directa y en caso de fallos regular en materia de competencia económica.

## BIBLIOGRAFÍA.

1. ALEXY, Robert, Derecho y Razón Práctica, México, 1993.
2. ALEXY, Robert, El Concepto y la Validez del Derecho, Gedisa, España, 1994.
3. ALEXY, Robert, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, Revista Doxa, Número 5, España, 1988.
4. COLOMA, German, “¿concentración monopólica o de conglomerado?”, la Ley, Argentina, 17 de febrero de 2010, 2010.
5. CORTINA, Adela, Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica, Tecnos, Madrid, 2000.
6. DÁVALOS, María, Manual de introducción al derecho mercantil, Nostra Ediciones, México, 2010.
7. DWORKIN, Ronald, Hard Cases, *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6, Estados Unidos, 1975.
8. DWORKIN, Ronald, Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives, Estados Unidos, 1980.
9. DWORKIN, Ronald, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Estados Unidos, 1977.
10. FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, 3a. Edición., Madrid, Trotta, 1999.
11. GARCÍA, Rodríguez, Sergio, Estudio en torno a la Ley Federal de Competencia Económica, serie I, Estudios Económicos, UNAM, núm. 24, 1994.
12. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Competencia Económica: Aspectos jurídicos y económicos, Porrúa, México, 2005.
13. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Nueva Política de competencia: alumbramiento, pubertad y madurez de una idea, en ROLDÁN XOPA, José y MENA LABARTHE, Carlos, “Competencia económica. Estudios de Derecho, Economía y Política”, Porrúa-ITAM, México, 2007.
14. HENDERSON, David, *The Fortune Encyclopedia of Economics*, Warner Books, Estados Unidos, 1993.
15. JIMENEZ, Félix, Macroeconomía: Enfoques y Modelos, Tomo I, 3ª Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2006.
16. KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, 2a. Ed., IJ-UNAM, México, 1982.
17. KHEMANI, R y SHAPIRO, D., *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, OECD, 1993.
18. MANKIW, Gregory, Principios de Economía, Sexta Edición, Cengage Learning, México, 2012.
19. OCDE, Glosario de economía industrial y derecho de la competencia, OCDE Mundi Prensa, 1995.
20. PARKIN, Michael, Microeconomía, Pearson Educación, México, Séptima edición 2006.
21. PEREDO, Amílcar, Competencia económica: Teoría y práctica, Porrúa, México, 2004.

22. PINKAS, Blanck, Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701, legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia, Perú, Fondo Editorial PUCP, 2002.
23. POSNER, Richard, The economics of justice, Harvard University Press, Estados Unidos, 1983.
24. SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William, Economía, Décimo Octava Edición, Mc Graw Hill, México, 2006.
25. SÁNCHEZ, Armando, ISLAS., Suriel y SHEINBAUM, Claudia, Demanda de gasolina y la heterogeneidad en los ingresos de los hogares en México, investigación económica, vol. LXXIV, núm. 291, México. 2015.
26. SANTOS, Luis, “Algunas consideraciones en torno a las reformas a la Ley Federal de Competencia Económica en materia de concentraciones” en ROLDÁN XOPA, José y MENA LABARTHE, Carlos, Competencia Económica: Estudios de Derecho, Economía y Política, Porrúa, México, 2007.
27. SMITH, Adam, The Wealth of Nations, Book I-III, Penguin, Inglaterra, 1982.
28. SPAEMANN, Robert, Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar, EIUNSA, Madrid, 2001.
29. STIGLITZ, Joseph y WALSH, Carl, Microeconomía, 4ª Edición, Ariel, España, 2009.
30. VELASCO, Luis, “Derecho europeo de la competencia, antitrust e intervenciones públicas”, Lex Nova, España, 2005.
31. VOGELSANG, INGO, Public Enterprise in Monopolistic and Oligopolistic Industries, Harwood, Suiza, 1990.