

Por Luis Alberto Aziz Checa e Itziar Esparza Mejía*

*AZIZ & KAYE Abogados
*SAI Derecho & Economía

El 7 de julio del 2014 entrará una nueva Ley Federal de Competencia Económica¹ (“NLFCE”) que introduce cambios relevantes en las tres áreas tradicionales de la ley que son las concentraciones, prácticas monopólicas absolutas y relativas, y crea un nuevo instrumento de control en esta práctica: las investigaciones de mercado.

En el campo de las prácticas monopólicas relativas, la NLFCE introduce dos nuevas prácticas, ambas relacionadas con insumos esenciales:²

- Negar de forma discriminatoria el acceso a un insumo esencial; y
- Estrechar márgenes entre el precio al que un insumo es ofertado a agentes económicos que les resulta esencial, y el precio final al que el titular del insumo ofrece sus productos o servicios al consumidor final.

El concepto de lo que debe ser considerado como un insumo esencial es ambiguo por la falta de claridad en la ley sobre dicho concepto y los impactos económicos del mismo. Aunado a lo anterior, la introducción de dichas prácticas en la NLFCE presenta varias problemáticas.

En primera instancia, la NLFCE introduce el concepto de insumo esencial por primera vez en el contexto de las nuevas investigaciones de mercado para determinar la existencia de barreras a la competencia e insumos esenciales.³

El hecho mismo de que existan estas investigaciones de mercado es en sí una grave preocupación para los agentes económicos, pues las mismas por definición se harán en mercados donde no existen ni concentraciones prohibidas, ni prácticas monopólicas, de lo contrario la Comisión Federal de Competencia Económica (“CFCE”) aplicaría alguno de esos tres instrumentos de control con los que ya contaba para resolver los problemas en dichos mercados. Es decir las investigaciones se hacen en mercados que no presentan problemas de competencia sancionables bajo el régimen actual.

Pero más grave aún, en el caso de análisis de las dos nuevas prácticas monopólicas relativas, la NLFCE establece que la autoridad podrá no seguir el procedimiento de investigaciones de mercado para determinar la existencia de un insumo esencial.⁴ De esta forma, la NLFCE encuentra dos caminos a través de los cuales podría determinar la existencia de un insumo esencial.

Esta situación genera incertidumbre hacia los regulados, ya que una empresa no sabrá cuando puede estar detentando un “insumo esencial” hasta que la CFCE lo determine durante una investigación por prácticas monopólicas relativas.

Incluso si en esas investigaciones la CFCE se basa en los criterios que la ley marca para la determinación de insumos esenciales, el problema no se elimina, ya que la NLFCE no es lo suficientemente específica respecto a qué debe considerarse como insumo esencial. Los únicos elementos que ésta señala a ser considerados para identificar un insumo de este tipo son: (i) si el insumo es controlado por uno, o varios agentes económicos preponderantes con poder sustancial; (ii) si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico; (iii) si el insumo resulta indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos; (iv) las circunstancias bajo las cuales el agente económico llegó a controlar el insumo; y (v) los demás criterios que establezcan en las Disposiciones Regulatorias emitidas por la CFCE.⁵

Dichos elementos no brindan certidumbre suficiente a los agentes económicos para prever cuándo se encuentran detentando un insumo esencial. Más aun, la fracción V contenida en el artículo 60 de la NLFCE brinda la oportunidad a la CFCE de incluir para este análisis criterios adicionales de los cuales los agentes económicos no tienen certidumbre.⁶

Adicionalmente, cabe destacar que puede llegar a ser un riesgo para los agentes económicos que se establezcan condiciones para permitir el acceso a un insumo esencial, toda vez que las condiciones podrían limitar de forma injustificada el derecho de propiedad de quien detenta o provee el insumo. En ese sentido, se agrava la situación a la que se enfrentan los agentes económicos aunado a la incertidumbre jurídica que enfrentan.

Todas estas situaciones dejan en incertidumbre jurídica a los agentes económicos, pues éstos no tendrán certeza de cuándo, en qué situaciones, o por qué motivos, la CFCE puede determinar que están en posesión de un insumo esencial.

Esta incertidumbre deberá ser eliminada con los criterios y Disposiciones Regulatorias que vaya emitiendo la CFCE, así como los precedentes que se vayan formando derivado de litigios.⁷

1 El 19 de febrero de 2014 el Ejecutivo Federal presentó a la Cámara de Diputados una iniciativa para la nueva Ley Federal de Competencia Económica. Tras varias modificaciones y discusiones en el Congreso, el texto final de la NLFCE se aprobó el 29 de abril de 2014 y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el pasado 23 de mayo de 2014. Tras su publicación, la NLFCE entrará en vigor el 7 de julio de 2014.

2 Artículo 56, fracciones XII y XIII de la NLFCE.

3 Artículo 94 de la NLFCE.

4 Último párrafo artículo 56 de la NLFCE.

5 Artículo 60 de la NLFCE.

6 Según se mencionó anteriormente, determinadas Disposiciones Regulatorias, entre las que se encuentra aquella en materia a insumos esenciales, habrán de publicarse en un plazo no mayor a seis meses a partir de la entrada en vigor de dicha ley. En ese sentido, los criterios adicionales sobre este tema habrán de emitirse pronto.

7 La Nueva LFCE señala que la CFCE habrá de publicar Disposiciones Regulatorias respecto a barreras a la competencia y a insumos esenciales. Incluso, determina que para la expedición de dichas disposiciones la CFCE deberá hacer una consulta pública.