



Diciembre, 2015
Documento de Trabajo
Número 3-15

Falibilidad del test de procedencia de la doctrina de insumos esenciales

Diego González



Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente las opiniones de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey o de las instituciones donde laboran.

Acerca del Autor

Diego González Altamirano es abogado por la Escuela Libre de Derecho.

Su práctica profesional comenzó en Galicia y Robles, S.C., posteriormente se desempeñó como proyectista en la ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Actualmente, trabaja como abogado de competencia económica en la consultoría De la Calle Madrazo Mancera, S.C., en la Ciudad de México.

dgonzalez@cmmssc.com.mx

Resumen Ejecutivo

La aplicación de la doctrina de insumos esenciales implica una tensión entre dos derechos humanos: el derecho de propiedad, particularmente el derecho de rehusarse a negociar con un competidor, y el derecho a gozar del proceso de competencia y libre concurrencia, ambos derechos consagrados en la Constitución. Ninguno de estos son derechos absolutos por lo que resulta indispensable contar con un estándar riguroso que determine cuál de estos derechos debe prevalecer cuando se enfrenten. El estándar adoptado debe siempre mantener a salvo la competencia en los méritos, es decir, en presencia de una competencia fundada en el esfuerzo, la innovación, la inversión y la agudeza empresarial debe quedar a salvo el derecho a negociar con quien se elija. El estudio propone como precondition para la determinación de un insumo esencial y aplicación de las medidas regulatorias previstas en el artículo 94 de la LFCE la acreditación previa de una práctica exclusionaria.

Libre INTER Cambio, Centro de Estudios del Derecho de la Competencia y de la Regulación de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, busca ofrecer un medio para la difusión de los principios del derecho de la competencia, del derecho regulatorio y del reto de su aplicación concreta, un espacio para su debate profesional y una herramienta para su investigación rigurosa.

<http://libreintercambio.fldm.edu.mx/>

@Libreinterc

Contenido

INTRODUCCIÓN	4
LOS LÍMITES DE LA PROPIEDAD PRIVADA Y DEL DERECHO A REHUSARSE A NEGOCIAR	7
EXPERIENCIA INTERNACIONAL	10
El estándar de procedencia de la doctrina de insumos esenciales en Estados Unidos	11
La doctrina de insumos esenciales de la Unión Europea.....	14
Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.....	17
El estándar de procedencia de la doctrina de insumos esenciales en la Unión Europea.....	19
LA TEORÍA DEL INSUMO ESENCIAL EN MÉXICO: REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 6º, 7º, 27º, 28º, 73º, 78º, 94º Y 105º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES.....	24
Iniciativa del Ejecutivo Federal de Ley Federal de Competencia Económica	25
Debate legislativo	26
Ley Federal de Competencia Económica.....	30
INVESTIGACIONES EX ANTE.....	34
Investigaciones de mercado de la Autoridad de Competencia y Mercados (CMA) del Reino Unido.....	37
Investigaciones para determinar insumos esenciales o barreras a la competencia en la LFCE	40
PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL ESTÁNDAR DE PROCEDENCIA DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA.....	45
ALGUNAS CONCLUSIONES.....	47
BIBLIOGRAFÍA	49

Falibilidad del test de procedencia de la doctrina de insumos esenciales

Diego González

Introducción

1. La doctrina de insumos esenciales tiene más de cien años construyéndose en jurisdicciones fuera de México. No fue sino hasta que se promulgó la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), en 2014, que se adoptó en el orden jurídico nacional. Pareciera natural que, tanto el Ejecutivo Federal como el Congreso de la Unión, hubieren precedido la introducción de la figura al sistema jurídico por un análisis concienzudo de derecho comparado, de manera que pudiesen antelarse las implicaciones de una institución semejante en un derecho como el mexicano. Sorprendentemente, éste no fue el caso: ni la iniciativa presidencial ni el debate parlamentario que le siguió ofrecen una justificación detallada sobre la conveniencia de legislar la doctrina de insumos esenciales, así como los términos de su adecuación a nuestro ordenamiento jurídico. En ningún caso se hizo alusión a los modelos extranjeros con base en los cuales se configuró la versión mexicana de la doctrina. Es la postura de este trabajo que, merced a esta forma de proceder, la doctrina de insumos esenciales mexicana adolece de ciertas deficiencias técnico-jurídicas que, por un lado, la ponen en tensión con los derechos humanos de los agentes económicos, y, por otro, dificultan la consecución de los fines en materia de competencia que pretende alcanzar.
2. En vista de ello, el presente trabajo intenta llevar a cabo un análisis de derecho comparado que muestre cómo se ha situado y cómo ha evolucionado la doctrina en otras jurisdicciones, aquellas en las que se creó, de modo que se haga más clara la manera en que el derecho mexicano puede adoptarla correctamente. En concreto, el enfoque de este trabajo es sobre los elementos del estándar de procedencia de la doctrina de insumos esenciales. Lo que se pretende con la revisión del derecho extranjero es determinar lo apropiado de los criterios que conforman el estándar de procedencia mexicano. En la medida en que son precisamente estos requisitos los que deben satisfacerse para aplicar la doctrina, entonces resulta obligatorio conocer los propios del derecho en que se formuló. Este trabajo sostiene que la primera falla significativa del estándar mexicano es haber omitido un elemento omnipresente en el derecho extranjero que acreditar para aplicar la doctrina de insumos esenciales: la comisión de una práctica exclusionaria ilegal, que se aparte de la competencia por los méritos, como presupuesto para la intervención del regulador en el mercado. Durante la evolución de la doctrina de insumos esenciales, la exigencia de que el competidor dominante excluya indebidamente a otros participantes del goce del insumo siempre

ha sido la condición para imponer al agente dominante obligaciones de acceso. De hecho, es así que se justifica esta intervención de la autoridad en el goce de su derecho de propiedad. La supresión de este requisito, pues, entre otras cosas, hace que el doctrina entre en colisión con el derecho humano de propiedad, particularmente con su derecho accesorio de rehusare a negociar con la competencia.

3. El régimen de procedimientos especiales para determinar la existencia de insumos esenciales o de barreras a la competencia, instaurado por la nueva ley, sensibiliza el problema descrito. La adopción de investigaciones *ex ante* para llevar a cabo esta tarea acentúa los efectos negativos asociados con la omisión de uno de los elementos esenciales del estándar de procedencia de la doctrina. La figura preventiva del estudio de mercado, con posibilidad de aplicar medidas de conducta individualmente determinadas, fue deficientemente importada del Reino Unido a México. Exactamente porque en una y otra jurisdicción tienen finalidades y requisitos de procedencia distintos: en su país de origen, estos estudios tienen la finalidad de revisar que el proceso de competencia esté funcionando con efectividad en un mercado y por ello no exigen que el agente económico incurra en una práctica exclusionaria para iniciarlos; en México, se pretende utilizarlos con el objeto de determinar la existencia de insumos esenciales, papel que en el Reino Unido naturalmente tiene la doctrina de insumos esenciales o *Essential Facilities*, misma que sí exige la exclusión. La utilización de estas investigaciones *ex ante* para este fin desnaturaliza la doctrina de insumos esenciales, puesto que no están diseñadas para ello y, por lo tanto, no exigen los mismos requisitos para su aplicación que los que exige el estándar de la doctrina. Esta desnaturalización contribuye a alejar el estándar mexicano de sus modelos extranjeros: no solo se ha dejado fuera de él la exclusión como requisito de procedencia, sino que tampoco se exige para que se inicie el procedimiento especial que lleva a la determinación de la existencia de insumos esenciales.
4. De acuerdo con esta línea de ideas, el presente trabajo encuentra los siguientes problemas:
 - a) Cualquier estándar de procedencia de la doctrina de insumos esenciales, en tanto que implica una seria limitación del derecho de propiedad de los agentes económicos, particularmente del derecho accesorio de rehusarse a negociar con la competencia, debiere exigir que el agente con poder sustancial de mercado haya incurrido en una conducta o práctica que se aparte de la competencia por los méritos. Coartar un derecho humano solo puede concebirse cuando se endereza otro en su contra, y aun ahí se trata de optimar ambos. En la especie, solo puede sostenerse la limitación al derecho de propiedad cuando su titular ha excluido a otro del goce de otro derecho humano, el derecho a gozar del proceso de competencia y libre concurrencia. El estándar mexicano no lo prevé así y ello resulta en un perjuicio grave para los agentes económicos, así como en incertidumbre jurídica generalizada.

- b) El régimen de investigaciones *ex ante* regulado por el artículo 94 contribuye a la propagación de esta incertidumbre jurídica. Ello porque la figura de estudio de mercado asociada con la aplicación de medidas de conducta individualmente determinadas es la excepción a la regla en los derechos de competencia: solo un puñado de jurisdicciones en el mundo la utilizan y de manera excepcional. Sin embargo, aún en estas la figura no se utiliza para determinar insumos esenciales por lo que no se requiere que el destinatario de las medidas, si las hubiere, haya incurrido en prácticas que se apartan de la competencia por los méritos, tal como la doctrina de insumos esenciales requiere para identificarlos. Utilizar este procedimiento para determinar la existencia de insumos, en la medida en que no se exige este requisito, desnaturaliza la doctrina, la aparta de los modelos que la inspiraron.
5. Es por todo lo anterior que este trabajo propone que se reoriente el estándar de procedencia mexicano a su naturaleza original, en conformidad con los modelos extranjeros en que está basado. La doctrina de insumos esenciales se creó y lleva evolucionando cien años en Estados Unidos y la Unión Europea, es menester alinear la versión mexicana con los principios que estas jurisdicciones le han impuesto. En concreto, se plantea lo siguiente:
- a) Reformular el estándar de procedencia de la doctrina de insumos esenciales mexicana, de modo que exija la comisión de una práctica exclusionaria que se aparte de la competencia por los méritos como presupuesto para la imposición de medidas.
- b) Las investigaciones *ex ante* (estudios de mercado) no son herramientas idóneas para determinar insumos esenciales y aplicar medidas de conducta a agentes específicos, ni siquiera en el Reino Unido, por ello no exigen que el agente económico haya incurrido en una conducta indebida. Si en México se pretende utilizar la figura con esta finalidad, entonces debe establecerse como requisito para imponer medidas a un agente como resultado de un estudio de mercado, que éste haya incurrido en una conducta ilegal, que se aparte de la competencia por los méritos.

Los límites de la propiedad privada y del derecho a rehusarse a negociar

6. La idiosincrasia libertaria postula la concepción más completa de la propiedad privada. La convicción del liberal es que solamente mediante un dominio privativo y excluyente sobre los bienes puede generarse el incentivo para que las personas adquieran, creen y preserven la riqueza.¹ En un entorno en que se protege la propiedad, quien ejerce dominio sabe que será él quien eventualmente se beneficie de haber adquirido, conservado y, en su caso, enajenado sus pertenencias. He aquí la importancia crucial de un sistema normativo sólido que garantice y dé plena certeza a los derechos de propiedad.
7. Las nociones de propiedad y libertad están indisolublemente unidas. El derecho de propiedad ante todo confiere a su titular la potestad de actuar respecto de sus bienes como lo juzgue conveniente. Como se dijo, puede utilizar, disfrutar o enajenar lo que le pertenece, pero también tiene el derecho de tomar posturas pasivas respecto de ello: rehusarse a negociar con sus pertenencias por completo o simplemente respecto de ciertas personas. Es importante que quede claro que no solo se alude al derecho del propietario de no ser transgredido en su propiedad, de disfrutarla con excepción de todos los demás, sino, ya en el ámbito del intercambio, también al derecho de rehusarse a hacer negocios con ciertos individuos. “Es central a esta concepción de la propiedad el derecho de excluir a otros de lo que es tuyo.”²
8. La construcción libertaria del derecho de propiedad y, por consiguiente, del manejo de derechos que integra, como el derecho a rehusarse a negociar con otros, intenta presentarlo como un derecho absoluto. No obstante, aunque en el contexto del libre mercado sea la regla general, el derecho de propiedad y el derecho a rehusarse a negociar no son absolutos. En casi ninguna jurisdicción, de entre las que destacan la Unión Europea, los Estados Unidos y México, el derecho de propiedad y su derecho accesorio a rehusarse a negociar han sido concebidos como tales.³ Efectivamente, en el *common law* de los Estados Unidos; en los precedentes de la Unión Europea; y en la construcción constitucional y jurisprudencial mexicana se han trazado claros límites al ejercicio del derecho de propiedad y a su derecho accesorio de rehusarse a negociar con otros. El presente trabajo trata el esquema de limitaciones al derecho a

¹ Hayek, Friedrich, "Los orígenes de la libertad, la propiedad y la justicia" en *La fatal arrogancia*. (extracto en español), 1988; Hoppe, Hans-Herman. *Economía y ética de la propiedad privada*, Innisfree, 2013.; Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, 1690; Von Mises, Ludwig. *Burocracia*, 2ª edición: Unión Editorial, 2005. (libro de análisis sobre las diferencias entre la gestión de las empresas privadas y las empresas públicas), 1944; Pipes, Richard, *Propiedad y libertad* (extracto en español de la obra crítica de Pipes sobre los colectivismos históricos y la hipótesis e idealización del comunismo primitivo), Turner, 2002.

² Meese, Alan J., "Property, Aspen, and Refusals to Deal", en *Antitrust Law Journal*, vol. 73, núm. 1 (2005), pp. 81-114. (Traducción propia.)

³ En Estados Unidos y la Unión Europea esto queda ilustrado, por ejemplo, por la práctica jurisprudencial que en ambas jurisdicciones ha creado robustas doctrinas de insumos esenciales. En México, la reciente adopción de la doctrina es indicativa de esta calificación de los derechos de propiedad.

rehusarse a negociar, particularmente a su expresión en la doctrina de insumos esenciales.

9. Como se estableció más arriba, el incentivo que estos derechos tutelan y por lo que los sistemas jurídicos siempre intentarán estirar su aplicabilidad es el de crear riqueza por medio de la inversión y la innovación de los agentes económicos; un agente económico se comportará de esta manera en la medida en que le reporte beneficios económicos constantes. Limitaciones a esta certeza, como lo es coartar la libre disposición de la propiedad, siempre implicarán el riesgo de desincentivar conductas expansivas del mercado. Es por ello que el acotamiento de estas facultades siempre depende de la verificación de estándares rigurosos y solamente se invoca en circunstancias particulares.
10. Puede identificarse cierto común denominador a las limitantes al ejercicio de los derechos de propiedad: primero, suelen ser excepcionales, y segundo, conjuran una serie de externalidades con costos más altos y que redundan en perjuicio de la colectividad. Es decir, en ciertas circunstancias excepcionales reporta más beneficios económicos, se asignan con mayor efectividad los recursos y se protege más el proceso de competencia y libre concurrencia con lo que se rompe la regla de que es prerrogativa del agente económico decidir con quién pacta o negocia, y constreñirlo a acordar con otro, inclusive con un competidor.⁴
11. La doctrina de insumos esenciales en sus diferentes vertientes representa uno de estos espacios en que a un agente económico se le impone la obligación de tratar con un competidor o de una u otra manera se limita su derecho a disponer de su propiedad. La descripción del estándar para invocar la aplicación de la doctrina es precisamente el objetivo de este trabajo, por lo que se irá desarrollando críticamente su fisonomía tanto en México como en otras jurisdicciones.
12. En cualquier caso, el estándar que se siga para determinar la obligación de un agente económico de tratar con un competidor o en virtud del cual se limiten sus derechos de propiedad, siempre debe encontrar su límite en lo que Meese llama “competencia por los méritos”.⁵ En efecto, la competencia por los méritos es la que se entabla en virtud de los logros en eficiencia y por los esfuerzos de innovación de los participantes en el mercado, en esta medida a su alrededor debe trazarse un “coto vedado”⁶ inmune a la responsabilidad que pudiere fincarse en materia de competencia. “Cualquier

⁴ Vid. Meese, *op. cit.*, y Pitofsky, Patterson y Hooks, *The Essential Facilites Doctrine Under United States Antitrust Law*, Georgetown, Law Faculty Publications, abril de 2010.

⁵ Meese, *op. cit.*, pp. 96-99, (traducción propia); Vid. “What is Competition on the Merits?”, OCDE, junio de 2006. <http://www.oecd.org/competition/mergers/37082099.pdf>

⁶ Aquí se utilizó el concepto de “coto vedado” empleado por Luigi Ferrajoli en su ponencia “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, presentada en el Fórum Universal de las Culturas, celebrado en la ciudad de Monterrey, México, el 31 de octubre de 2007, en el sentido de que se trata de un región fuera del alcance de los poderes públicos. En el caso del derecho de competencia, ello significa que mientras un competidor se mantenga dentro de los confines de una competencia por los méritos, entonces no será susceptible a la acción de las agencias reguladoras.

construcción legal sobre negativas a negociar que pretenda ser plausible debe dejar intacto el derecho de involucrarse en la más paradigmática y tecnológica competencia por los méritos.”⁷

13. En todo caso, baste decir por lo pronto que la postura de este estudio es que una aplicación controlada de la teoría de insumo esencial es deseable para el proceso de competencia y libre concurrencia. Derechos de propiedad y de exclusión absolutos generan externalidades negativas que es posible soslayar mediante el ejercicio de una doctrina “suave” de insumos esenciales, en esta medida está justificada su aplicación excepcional. Adicionalmente, el reciente ingreso de la doctrina al derecho mexicano obliga a reflexionar sobre la manera en que se ha configurado en otros países, de manera que el estándar mexicano garantice que los beneficios derivados de su aplicación siempre superen los costos jurídicos y económicos que están inherentemente asociados a ella.
14. Un derecho de propiedad absoluto o “no calificado”⁸ puede generar externalidades negativas, es decir, potencialmente hace óbice para que los recursos se distribuyan con la mayor eficiencia en lo sociedad. En efecto, la doctrina ha observado que el sometimiento a un régimen de derechos de propiedad absolutos frustra el mayor bienestar económico, en tanto que la imposibilidad de optimar pretensiones que contienden por un mismo recurso puede incrementar los costos de transacción y, por lo tanto, desperdiciar recursos. De modo que debe tolerarse cierta intervención del estado, con la finalidad de fijar un entramado normativo o “reglas de responsabilidad”⁹, que medien los choques de derechos encontrados sobre un mismo recurso.¹⁰ “En otras palabras, depender de convenios privados destruirá la riqueza potencial mediante el incremento de los costos de transacción o mediante precios de producción superiores al verdadero costo de utilización de la propiedad en cuestión, distorsionando así la asignación de recursos.”¹¹
15. La doctrina de insumos esenciales es una calificación que la ley de competencia hace al derecho de propiedad, de modo que los recursos se asignen de manera óptima. Sin embargo, en tanto se trata de una restricción a un derecho humano, debe limitarse según un estricto estándar de procedencia.
16. Un estándar de procedencia de la doctrina de insumos esenciales o cualquier prueba que haya de acreditarse para limitar el derechos humano de propiedad debe dejar a salvo la competencia por los méritos, esto es, las restricciones recíprocas que unos y

⁷ Meese, *op. cit.*, p.98

⁸ *Ibid*, p. 81. “Calificar” un derecho de propiedad quiere decir limitarlo según ciertos estándares en pos de una mejor asignación de los recursos.

⁹ *Ibid*, p. 87

¹⁰ Vid. Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law* 55-56 (6ª edición, 2003); Epstein, Richard A., *Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase*, 36 J.L. & Econ. 553 (1993).

¹¹ Vid. Meese, *op. cit.*; Coase, R.H., *The Problem of Social Cost*, 3J.L. & Econ. 1 15-16 (1960).

otros competidores se imponen, derivadas de sus propios esfuerzos, inversión y agudeza empresarial.

Experiencia internacional

17. La doctrina de insumos esenciales nació en Estados Unidos a principios del siglo pasado; en 1912, con más precisión. Lo que quiere decir que, con solo un par de décadas de desarrollo en la nación en que se ha construido con más vigor el derecho de competencia, la jurisprudencia ya se había topado con un entorno de mercado en el que un jugador dominante estaba en control de un insumo o una instalación indispensable para que sus competidores condujeran sus propios negocios. Ya se avistaba también que en esas circunstancias la solución para restablecer el proceso de competencia y libre concurrencia era constreñir al incumbente a compartir el recurso que controlaba con el resto de sus competidores. Cien años de construcción jurisprudencial han transcurrido en torno a la doctrina de insumos esenciales desde Terminal Railroad Association of St. Louis.
18. Más tarde, durante la segunda mitad del siglo XX, Europa importó la doctrina de insumos esenciales y sus cortes se embarcaron en una labor jurisprudencial propia, derivada de la casuística del derecho común, por medio de la que le imprimieron rasgos característicos propios. Hoy, en la Unión Europea hay una doctrina de insumos esenciales particular, que es el resultado de la amplia experiencia que sus tribunales se han granjeado en la materia.
19. El punto crucial es que ambos derechos de competencia tuvieron que lidiar en una etapa temprana de su desarrollo con el esquema típico de mercado al que responde la formulación de la doctrina de insumos esenciales: un agente económico en control de un insumo que se juzga indispensable para que subsista la competencia en un mercado determinado. La aplicación de la doctrina para corregir esta escenario indeseable del mercado, como se adelantó arriba y se profundizará más adelante, implica una limitación o un acotamiento al derecho de propiedad, a uno de sus elementos en particular: el derecho a rehusarse a negociar con los competidores, en la medida en que lo pone en tensión con otro derecho humano.
20. Efectivamente, la doctrina entraña un enfrentamiento entre derechos: el derecho de propiedad y el derecho a gozar del proceso de competencia y libre concurrencia. Ambos derechos constituyen, conforme a una teoría comprensiva de interpretación constitucional, principios o mandatos de optimación.¹² Cuando estos principios entran

¹² Para Alexy “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimación* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado mediante principios y reglas que juegan en sentido contrario.”; Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, Biblioteca de ética,

en colisión, uno de ellos necesariamente cederá ante el otro debido a sus distintas dimensiones de peso y validez; sin embargo, por ser principios, ambos deben realizarse hasta la mayor de sus posibilidades, de modo que el derecho humano que no prevalece no por ello se declara inválido.¹³

21. Con la finalidad de asistir en la ponderación de este conflicto de principios o derechos humanos, la jurisprudencia extranjera a la que se ha hecho referencia ha confeccionado un estándar de procedencia que ayuda a determinar cuál de los derechos debe primar sobre el otro en una eventual colisión, es decir, un estándar que satisfecho permite que se aplique la doctrina de insumos esenciales y, por lo tanto, hace prevalecer el derecho a gozar del proceso de libre concurrencia sobre el derecho de propiedad.
22. La doctrina de insumos esenciales propuesta por el Ejecutivo alude brevemente a la extensa jurisprudencia extranjera, sin realmente profundizar en ella y abreviar de sus conclusiones. De hecho, la iniciativa presidencial de Ley Federal de Competencia Económica de 2014 hace un reconocimiento a “la experiencia internacional que ha demostrado la dificultad de identificar y definir lo que debe considerarse como insumos esenciales”, por lo que propone “adoptar por primera vez a nivel legal, parámetros que faciliten la labor de la autoridad de competencia y de los demás operadores jurídicos en la determinación de existencia de insumos esenciales.”

El estándar de procedencia de la doctrina de insumos esenciales en Estados Unidos

23. El bien jurídico que ante todo tutela el derecho estadounidense es la llamada **competencia por los méritos**. Efectivamente, el requisito *sine qua non* para que se configure una ofensa a las leyes de competencia, es que la conducta del agente económico se aparte de una competencia que tiene como dínamos un producto superior o una mayor capacidad para hacer negocios —competencia por los méritos. En *United States vs. Grinnel Corp*, la propia Suprema Corte de Estados Unidos definió el principio de competencia por los méritos al enunciar la prohibición que establece la Sección 2 de la Ley Sherman: “la adquisición voluntaria o el mantenimiento de poder [monopólico], **como opuesto al crecimiento y desarrollo resultante de un producto superior, agudeza para los negocios o accidente histórico.**”¹⁴
24. Además de los principios esenciales que deben seguirse para fincar responsabilidad bajo la Sección 2 de la Ley Sherman, como infringir una competencia leal, existen

filosofía del derecho y política 30, dirigida por Ernesto Garzón Valdés (U. de Maguncia, Alemania) y Rodolfo Vázquez (ITAM, México) 2004, 2ª. edición.

¹³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de E. Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 81-98.

¹⁴ *United States v. Grinnell Corp.* 384 U.S. 563 (1966)

aquellos requisitos o elementos de prueba que deben acreditarse para que un reclamo de esta naturaleza proceda bajo la doctrina de insumos esenciales. Dicho en otras palabras, existe una serie de principios que deben atenderse para que se considere que la prohibición que impone la Sección 2, la monopolización del mercado por parte de una sola empresa, se ha infligido,¹⁵ y un estándar específico para determinar que, con ajuste a la doctrina de insumos esenciales, se ha incumplido con la Sección 2, o, en raras ocasiones, con la Sección 1 del estatuto.

25. El deber de enderezar una competencia por los méritos, entonces, encabeza el listado de principios esenciales que deben seguirse para conceder un reclamo en materia de competencia (por lo tanto, cualquiera que se funde en la Sección 2), en esta medida, es presupuesto para encontrar responsabilidad en el control de insumos esenciales. Lo que quiere decir que la presencia de una conducta o una práctica ilegal es indispensable para acreditar un daño a la libre competencia. Es en esta medida que la noción de competencia por los méritos es central para este trabajo: **independientemente de si se trata de una ofensa lisa y llana a la Ley Sherman o si se alega el control de un insumo esencial, el comportamiento ilícito de un agente es el presupuesto para que se hable de responsabilidad anticompetitiva.**
26. En suma, la competencia por los méritos se proyecta sobre todas las partes del estándar de procedencia de la doctrina de insumos esenciales. Lo que significa que un distanciamiento de la competencia meritosa es lo primero que debe valorarse para determinar responsabilidad derivada del control de insumos esenciales.
27. Por lo que sigue, el *caselaw* estadounidense fue construyendo un estándar que acreditar en los asuntos en que se alegó la doctrina de insumos esenciales. La versión de la prueba que se puede considerar vigente es, entonces, un resultado de las características que las decisiones de las cortes fueron atribuyéndole. En *Terminal Railroad Association*¹⁶, la doctrina se cifró en el principio de que “un monopolista que

¹⁵ *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, U.S. Department of Justice, 2008, pp.8-9; “El día de hoy, tal y como queda reflejado en ambas decisiones judiciales, así como en una amplia sección transversal de comentaristas, existe consenso en que existen al menos siete principios esenciales con respecto de la Sección 2, cada uno de los cuales se discuten en la sección siguiente:

- Las conductas unilaterales están fuera del ámbito de aplicación de la Sección 2, a menos que el agente detente poder monopólico o sea factible que llegue a obtenerlo.
- La mera posesión o ejercicio de poder de mercado no constituye una ofensa; la Ley finca responsabilidad únicamente a la adquisición o el mantenimiento anticompetitivo de dicho poder (así como ciertas tentativas de hacerlo).
- La adquisición y el mantenimiento de poder monopólico mediante asaltos al proceso de competencia y libre competencia daña a los consumidores y debe condenarse.
- Meros daños a los competidores, sin que se dañe el proceso de competencia y libre competencia, no violan la Sección 2.
- Conductas procompetitivas y exclusionarias pueden ser similares; de hecho, la misma conducta puede tener efectos benéficos y exclusionarios, haciendo difícil distinguir entre conductas que debieren ser ilegales y conductas que se ajustan a la ley.
- En la medida en que con frecuencia conductas procompetitivas y exclusionarias son similares, las cortes y aquellas autoridades que aplican la ley deben calcular posible sobre disuasión o disuasión insuficiente.
- Los estándares para aplicar la Sección 2 deben tomar en cuenta los costos, incluyendo los administrativos y aquellos derivados del error, asociados con la actividad de aplicación de esos estándares por parte de las cortes y de las autoridades que aplican la ley en casos individuales, así como su aplicación por parte de las empresas en sus decisiones diarias.

¹⁶ *United States v Terminal Railroad Association of St. Louis* (1912) 224 U.S

controla una instalación o comodidad esencial tiene la obligación de proveer acceso razonable a éste si ello es factible.¹⁷ De este modo, pueden extraerse los siguientes elementos para construir una primera versión del estándar: (i) quien controla la instalación o la comodidad debe tener el carácter de monopolista; (ii) el acceso a la instalación que el monopolista está constreñido a otorgar debe ser razonable; y (iii) debe ser factible o plausible para el monopolista otorgar ese acceso. Posteriormente, en Hecht,¹⁸ la corte de apelaciones planteó como partes de la prueba: (i) la esencialidad de la instalación; (ii) la imposibilidad de su duplicación; y (iii) la factibilidad de la compartición. Más adelante, en MCI,¹⁹ la corte de apelaciones que conoció del asunto introdujo otro listado de requisitos para satisfacer el estándar: “(i) el control de la instalación por parte de un monopolista; (ii) la inhabilidad de los competidores de práctica o razonablemente duplicar la instalación esencial; (iii) la negativa de uso de la instalación a un competidor; y (iv) la asequebilidad de proveer el uso de la instalación.

28. Más tarde, en Aspen Skiing Co.,²⁰ la Suprema Corte determinó que el derecho a rehusarse a negociar no es un derecho absoluto, sino calificado, es decir, que puede generar responsabilidad en circunstancias excepcionales. Asimismo, dio por primera vez un claro relieve al elemento del dolo. La Suprema Corte encontró que en ausencia de razones válidas de negocios detrás de la actuación del incumbente, puede colegirse que estuvo dispuesto a soportar pérdidas actuales con la finalidad de desplazar a un competidor y monopolizar el mercado.

29. Por último, en Trinko,²¹ la Suprema Corte hizo hincapié en que la mera posesión y ejercicio de poder monopólico no es ilegal, sino que se trata de un incentivo importante en una economía de mercado. Su obtención o perpetuación mediante prácticas o conductas que se apartan de una competencia por los méritos, por el contrario, sí configura una ofensa a la Ley Sherman. Adicionalmente, en alusión directa a la doctrina de insumos esenciales, la Suprema Corte estableció que en el supuesto de que ya la hubiera aceptado —hasta ahora, el alto tribunal no la ha acogido ni la ha repudiado— aun así, no podría fincar responsabilidad en el caso, puesto que no se configuraba uno de sus elementos esenciales: la negativa de otorgar acceso al insumo esencial. Cosa que hubiese sido imposible para el incumbente por encontrarse en un mercado en que las leyes federales constriñen a otorgar el acceso a la infraestructura necesaria para prestar los servicios.

¹⁷ Lipsky, Abbot B; Sidak, J. Gregory. Essential Facilities, en Stanford Law Review, Palo Alto, Ca., Stanford University Press, vol. 51, núm. 5 (1999)., pp. 1190-1191. (Traducción propia.)

¹⁸ Hecht vs. Pro-Football, Inc., 312 F. Supp. 472 (D.D.C. 1970).

¹⁹ MCI Communications Corporation and MCI Telecommunications Corporation v. American Telephone and Telegraph Company, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), cert. denied, 104 S. Ct. 234 (1983).

²⁰ Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985).

²¹ Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. ____ (2003)

30. Como resultado de esta determinación, la Suprema Corte llegó al último desarrollo importante que ha tenido la doctrina de insumos esenciales; el máximo tribunal encontró, como se transcribe más arriba, que “un reclamo fundado en la doctrina de insumos esenciales deber ser negado siempre que una agencia estatal o federal tenga la facultad de constreñir al incumbente a otorgar el acceso”,²² **con lo que prácticamente descarta la posibilidad de que en industrias reguladas prosperen demandas que responsabilizan a los agentes económicos participantes, bajo la doctrina de insumos esenciales.**
31. Con base en los casos citados y en conformidad con los principios y reglas que las cortes de Estados Unidos extrajeron de ellos, a continuación se presentan los elementos recurrentes en las decisiones judiciales de un estándar para fincar responsabilidad bajo la doctrina de insumos esenciales:
- (i) El presupuesto para otorgar un reclamo bajo la doctrina de insumos esenciales, es que el demandado haya incurrido en prácticas o conductas que se apartan de la competencia por los méritos y que, por lo tanto, resultan violatorias de la Ley Sherman.
 - (ii) El demandado debe tener el carácter de monopolista o detentar lo que en derecho positivo mexicano se denomina poder sustancial de mercado.
 - (iii) Debe quedar demostrada la inhabilidad de los competidores de práctica o razonablemente duplicar el insumo esencial.
 - (iv) La factibilidad o plausibilidad física, técnica, jurídica y económica para el otorgamiento del insumo esencial.
 - (v) La negativa de acceso al insumo esencial o el acceso en términos discriminatorios por parte del agente que lo controla.

La doctrina de insumos esenciales de la Unión Europea

32. El artículo 102 (antes artículo 82) de la Sección Primera, “Disposiciones aplicables a las empresas”, del Capítulo 1, “Normas sobre competencia”, del Título VII, “Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones”, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”, “Tratado” o “Tratado CE”),²³ es la disposición fundamental en derecho común europeo que prohíbe la monopolización o el ejercicio indebido de poder sustancial en el mercado. En tanto que, como en México y en Estados Unidos, en el derecho de la Unión Europea el que una empresa detente poder de mercado no es ilegal en sí mismo, el precepto se

²² *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. ____ (2003)

²³ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:12012E/TXT>

enfoca en proscribir los abusos de tal posición dominante.²⁴ Y aunque no determina exactamente cuáles son los extremos que deben satisfacerse para que se considere que hubo un abuso o que se ejerció ilegalmente el poder de mercado, sí enlista una serie de prácticas que son paradigmáticamente indebidas,²⁵ y con ello configura el principio conforme al cual **serán perseguidas las empresas que, disfrutando de una posición dominante y en perjuicio de los consumidores, excluyan a sus competidores por medios que diverjan de la competencia basada en los méritos de los productos o servicios que ofrecen.**²⁶ Es decir, prohíbe una cierta clase de conductas exclusionarias que al atentar contra el proceso de competencia y libre concurrencia dañan a los consumidores. Ha sido tarea de la jurisprudencia, tanto de la Comisión como del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, todos de la Unión Europea, establecer cuáles son los elementos que determinan la existencia de conductas semejantes.

33. El artículo 102 del TFUE establece lo siguiente:

Artículo 102

(Antiguo artículo 82 TCE)

*“Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, **la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.***

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva;*
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.” (Énfasis añadido.)*

34. La disposición transcrita constituye, pues, la base sobre la que se alega cualquier conducta exclusionaria indebida, incluida la negativa de un agente económico en supuesto control de un insumo esencial de negociar con sus competidores. En efecto,

²⁴ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” (texto pertinente a efectos del EEE), (2009/C 45/02).

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52009XC0224(01)); párrafo 1.

²⁵ Facy, Bryan A., Assaf, Dany H., “Monopolization and Abuse of Dominance in Canada, The United States, and The European Union: a Survey”, en *American Bar Association, Antitrust Law Journal*, vol. 70, núm. 2 (2002), p. 523

²⁶ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión Europea, “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”, (2009/C 45/02).

aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea todavía no se haya pronunciado de manera definitiva sobre ella, el derecho de competencia europeo ha aplicado una versión propia de la doctrina de insumos esenciales durante décadas, de hecho, se trata de la primera jurisdicción fuera de Estados Unidos en hacerlo. De acuerdo con los tribunales de esa jurisdicción el control de cierta infraestructura o “insumo esencial” por parte de un competidor con poder de mercado, aunado a la negativa de permitir el acceso, puede ser calificado como una práctica ilegal conforme al artículo 102.

35. Entonces, aunque la doctrina de insumos esenciales no ha sido adoptada abiertamente por el Tribunal de Justicia —sí la ha mencionado en su jurisprudencia—, esta se aplica frecuentemente con fundamento en el artículo 82 del Tratado. Lo que es más: la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea se ha referido a ella de manera expresa en diversas decisiones e incluso ha acuñado una definición propia sobre lo que constituye un insumo esencial.²⁷ Adicionalmente, en 2008 emitió sus “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” (“Orientaciones”),²⁸ donde avala la doctrina y hace una exposición detallada sobre su aplicación y sus limitaciones.²⁹

36. La Comisión Europea comenzó a aplicar la doctrina hace algunas décadas en una serie de resoluciones que imponían a ciertos agentes la obligación de permitir a sus competidores el acceso a infraestructura física de grandes magnitudes tal como muelles, túneles y puertos.³⁰ Más adelante, la aplicación de la doctrina se hizo extensiva a insumos diferentes a la infraestructura física, tales como materias primas, información, redes de distribución e incluso ideas. El día de hoy, la Comisión reconoce ampliamente la existencia de la doctrina y la Corte no se ha mostrado reticente a hacerlo en su momento, lo que diverge del distanciamiento que los tribunales de Estados Unidos han tomado de sus premisas, asimismo da la base para hablar de una teoría de insumos esenciales sólida en Europa. Con la finalidad de hacer una exposición detallada de los elementos que la componen, a continuación se desarrollan, primero, la interpretación de la Comisión Europea sobre la doctrina de insumos esenciales, vertida en sus Orientaciones, y segundo, los casos más representativos en que las instancias europeas han identificado que el control de un insumo esencial está en tensión con el proceso de competencia y libre competencia.

²⁷ Cave, Martin y Crowther, Peter, “*Competition Law Approaches to Regulating Access to Utilities: The Essential Facilities Doctrine*”, en *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, año 103, núm.1, Interconnection Pricing Workshop, (Milán, enero 7-8, 1995) (enero-marzo 1995), p. 142.

²⁸ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión Europea, “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”, (2009/C 45/02).

[http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?uri=CELEX:52009XC0224(01))

²⁹ Weber Waller, Spencer y Tasch, William, “*Harmonizing Essential Facilities*”, en *Antitrust Law Journal*, vol. 76, núm. 3, 2010, Loyola University Chicago School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series núm. 2009-006. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1418081

³⁰ Weber Waller y Tasch, *op. cit.*, p. 745.

Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes

37. En sus Orientaciones, la Comisión Europea reconoce la regla general consistente en que las empresas tienen el derecho de rehusarse a negociar con sus competidores; sin embargo, dentro de este contexto, admite que existen ciertas circunstancias en las que una “denegación de suministro” es capaz de constituir una práctica abusiva, sujeta al control de la Comisión con fundamento en el artículo 102 del Tratado. La Comisión hace hincapié en el carácter extraordinario de las condiciones que deben darse para que se imponga una obligación de suministrar o, en términos más generales, de negociar con la competencia, en la medida en que la imposición de este deber entraña posibles resultados que a la larga pueden infligir un daño mayor al proceso de competencia y libre concurrencia. El regulador europeo identifica en sus Orientaciones como principales riesgos asociados a la imposición de una obligación de proveer o negociar, la supresión de los incentivos para que la empresa dominante invierta en el mercado, y el fomento a la proliferación de polizones o *free-riders*, empresas que, bajo el supuesto de que existen obligaciones de negociación semejantes, se abstienen de realizar las inversiones necesarias para desarrollar sus propios insumos. Ninguno de estos resultados es deseable para la competencia y terminarían por perjudicar a los consumidores.
38. Más adelante, las Orientaciones acotan algo más la denegación de suministro que puede estar sujeta al control de la Comisión, en alusión a un problema típico en materia de competencia: el esquema en que la empresa dominante ejerce poder sustancial en el mercado del insumo ascendente y participa también en el mercado descendente o “aguas abajo”, donde el insumo resulta esencial para que el agente y sus competidores fabriquen un producto u ofrezcan un servicio. Los lineamientos de la Comisión para la interpretación del artículo 102 establecen de manera expresa que “Esta sección [Denegación de suministro y compresión de márgenes] se ocupa únicamente de este tipo de negativas.
39. Ahora bien, ¿cuáles son las prácticas que pueden configurar una ofensa al artículo 82 por constituir la negativa de proveer o negociar un insumo esencial con la competencia? Las Orientaciones hacen un definición más bien amplia del concepto de denegación de suministro, al especificar que “abarca una amplia gama de prácticas, tales como la denegación de suministro de productos a clientes nuevos o existentes, la denegación de concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual, lo que incluye, cuando la licencia sea necesaria, la información sobre interfaces, o la denegación de concesión de acceso a una instalación esencial o una red.” Más adelante, tal y como la han notado Weber Waller y Tasch,³¹ el lenguaje de las

³¹ *Ibid.*

Orientaciones discrepa significativamente de la línea argumentativa de *Trinko* al establecer, por un lado, que el probable insumo esencial no necesita haberse comercializado en el mercado con anterioridad, sino que puede tratarse de un producto de nuevo lanzamiento, siempre que exista un mercado potencial para su consumo, y por el otro, que la negativa de suministro no requiere ser terminante, sino que una “negativa constructiva” también entra dentro del ámbito de control del artículo 102. Una negativa constructiva es aquella que consiste en “demorar indebidamente o en degradar de cualquier modo el suministro del producto o en imponer condiciones ilógicas a cambio del suministro.”

40. Las Orientaciones proceden a enlistar una serie de circunstancias que al presentarse de manera cumulativa hacen que las prácticas de denegación descritas estén sujetas a un control **prioritario** por parte de la Comisión. Se trata de las siguientes:

- “La denegación se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente”
- “sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente.”
- “sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores.”

El propio documento emitido por la Comisión desarrolla cada una de las circunstancias agravantes, enunciándolas como i) necesidad objetiva del insumo, ii) eliminación de la competencia efectiva, y iii) perjuicio para el consumidor. La primera se refiere a la ausencia de sustitutos reales o potenciales para el insumo; cumplido este requisito, generalmente se considera que la competencia efectiva puede ser eliminada del mercado aguas abajo, más aún si se trata de una denegación de trato que da por terminada una relación comercial previa. Por lo que hace al perjuicio al consumidor, los lineamientos indican primero que el regulador ha de sopesar si las consecuencias derivadas de la imposición de un deber de negociar no superan en el largo plazo aquellas asociadas a la denegación de suministro. Puede destacarse que la autoridad estará inclinada a resolver que el interés del consumidor es perjudicado cuando como resultado de la denegación se impide que se lancen bienes y servicios nuevos al mercado, lo que redundaría negativamente en el abanico de opciones de los consumidores.

41. Como puede verse, las circunstancias agravantes hacen las veces de los elementos cuya presencia califican en otras jurisdicciones, como Estados Unidos, al insumo como esencial. Entre ellas está la imposibilidad de replicar el insumo, el cierre del mercado aguas abajo debido a su ausencia y la necesidad de demostrar un daño al consumidor. Cabe decir que las Orientaciones admiten que se aleguen eficiencias para justificar denegaciones de provisión de insumos esenciales.

42. En cualquier caso, las Orientaciones no son exhaustivas en la descripción de los elementos que constituyen el estándar que debe satisfacerse, bajo el derecho de la Comisión Europea, para fincar responsabilidad por la negativa de permitir el acceso a infraestructura o insumos esenciales; se trata fundamentalmente de la jurisprudencia de la Unión Europea la que ha perfilado la prueba correspondiente. A continuación se hace una relación de la casuística más relevante en la materia, con la finalidad de extraer de ella los componentes del estándar europeo.

El estándar de procedencia de la doctrina de insumos esenciales en la Unión Europea

43. Tal y como sucede en Estados Unidos, el propósito fundamental de la doctrina de insumos esenciales europea es obligar a los agentes económicos dominantes a permitir a sus competidores el acceso a ciertas instalaciones o insumos a cambio de una tarifa razonable, en tanto que sin este se encontrarían impedidos para competir en el mercado relevante. Sin embargo, la casuística de la Unión Europea ha construido una versión propia de la doctrina, misma que, recientemente, se ha apartado perceptiblemente de la versión original norteamericana.

44. De la práctica decisoria de la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puede extraerse una robusta construcción de la doctrina de insumos esenciales. Es solo el Tribunal de Justicia quien no se ha referido expresamente a ella, pero aun este ha desarrollado los elementos de la doctrina en por lo menos una de sus decisiones. En los hechos, es innegable que la existencia de la doctrina puede afirmarse en el derecho común europeo, y, a diferencia de su contraparte en Estados Unidos, puede argumentarse con bastante seguridad que la tendencia es que se afiance un lugar sólido en la jurisprudencia de las autoridades mencionadas. Aquí no hay un cambio de sentido en la evolución de la doctrina como la decisión de Trinko, sino por el contrario, como puede apreciarse en Deutsche Telekom,³² la doctrina sigue proliferando sin siquiera perder vigor, como sucedió con el precedente estadounidense mencionado, aun en sectores regulados. A continuación se extraen los elementos que cada caso relevante estudiado ha aportado a la composición de un estándar de procedencia para la aplicabilidad de la doctrina:

45. En Zoja³³ se enuncia por primera vez el esquema que al día de hoy constituye la estructura básica de las prácticas que atiende la doctrina de insumos esenciales: una empresa que ostenta una posición dominante (poder sustancial de mercado) en un mercado ascendente o del insumo o la materia prima, no permite el acceso a esa

³² Decisión de la Comisión Europea de 21 de mayo de 2003, correspondiente al caso COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG, relativa a una práctica de fijación injusta de precios contraria al artículo 82(a) del Tratado (ahora 102).

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974. Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asuntos acumulados 6 y 7-73. ECLI: EU: C: 1974:18.

materia prima o insumo (denegación de suministro) a otra empresa que lo utiliza para participar en un mercado aguas abajo donde el agente dominante también concurre, de tal modo que le cancela toda posibilidad de competir.

46. En UBC,³⁴ se desarrolló con más énfasis la característica de “esencialidad” del insumo. Se encontró que la denegación de suministro de ciertos insumos puede tener como resultado la preclusión absoluta de la competencia para otros agentes en un mercado aguas abajo. En otras palabras, la negativa de un agente dominante en un mercado ascendente, donde controla cierto insumo, que resulta ser esencial, de permitir el acceso a otro agente que depende de este para competir en un mercado relacionado, puede traer consigo su salida definitiva y, por tanto, constituye un claro abuso de una posición dominante.
47. En *Sealink/B&I*,³⁵ *Rødby*³⁶ y *Sea Containers vs. Stena Sealink*:³⁷ un mismo agente económico es propietario del insumo esencial (puerto) y compite con otros agentes en un mercado relacionado en que el insumo es indispensable para conducir negocios. En los tres casos, el agente dominante propietario del insumo denegó injustificadamente el acceso a sus competidores en el mercado descendente, efectivamente cerrándoles la competencia. De esta sucesión de procedimientos, referidos a una infraestructura común, pudieron extraerse las siguientes aportaciones: (i) un agente económico que controla (por ser propietario o por otro motivo) una instalación o insumo esencial, y que además compite en un mercado relacionado (generalmente, aguas abajo) tiene prohibido impedir el acceso a sus competidores u otorgarlo en términos discriminatorios; (ii) no es necesario que la empresa dominante impida por completo el acceso a un insumo esencial, sino que es suficiente que lo otorgue en términos discriminatorios para que se configure una ofensa al artículo 102, con base en la doctrina de insumos esenciales; (iii) una “justificación objetiva” podría fungir como excluyente de responsabilidad para una empresa dominante que restrinja el acceso a un insumo esencial. Precisamente sobre este punto ha establecido en sus Orientaciones que: “En su aplicación del artículo 82 (antes 86, ahora 102), la Comisión también examinará las alegaciones presentadas por una empresa dominante para justificar su conducta. Esta justificación de la empresa dominante puede hacerse demostrando que su conducta es objetivamente necesaria o que genera eficiencias sustanciales que superan cualquier efecto anticompetitivo para los consumidores. En

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978/14 February 1978. *United Brands Company y United Brands Continental BV contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Asuntos acumulados. Asuntos 27/76. Recopilación de Jurisprudencia 1978 -00207. ECLI: EU: C: 1978:22.

³⁵ Decisión de la Comisión de 11 de junio de 1992, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 86 del Tratado CE (IV/34.174 – *Sealink c/B&I* – medidas provisionales).

³⁶ 94/119/EC: Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1993, relativa a una denegación de acceso a las instalaciones del puerto de Rødby (Dinamarca) - DO L 55 de 26.2.1994.

³⁷ 94/19/CE: Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 86 del Tratado CE (IV/34689 - *Sea Containers c/Stena Sealink* - medidas provisionales).

este contexto, la Comisión evaluará si la conducta en cuestión es imprescindible y proporcional al presunto objetivo de la empresa dominante.”

48. En Magill,³⁸ el Tribunal de Justicia encontró que ante ciertas “circunstancias excepcionales” debe otorgarse a los competidores acceso a insumos o instalaciones (esenciales), pese a que estos se encuentren protegidos por derechos de propiedad intelectual. Para que se verifiquen estas circunstancias excepcionales, la negativa de acceso debe implicar que se frustre el lanzamiento de un nuevo producto al mercado, inclusive a un mercado potencial o hipotético. Asimismo, debe traer como consecuencia que se excluya por completo la competencia en el mercado auxiliar, es decir, que se descarte absolutamente la capacidad de contender del competidor que no recibió el acceso al insumo, y finalmente, que no exista una justificación objetiva para la denegación.
49. Más adelante, Bronner³⁹ marcó el siguiente desarrollo significativo de la doctrina. Como parte de su argumentación, el Tribunal de Justicia estrechó el cauce de procedencia de la doctrina sentado en Magill al añadir un requisito acumulativo adicional, que representa la contribución más valiosa de este procedimiento a la estructuración de la teoría. La Corte condujo un análisis de sustitubilidad del insumo en contención con la finalidad de determinar si este en realidad resultaba esencial. En la medida en que el insumo no fuese técnica, económica o legalmente replicable o duplicable podía justificarse la imposición de una obligación de acceso. Así pues, se está ante una situación en que el competidor es incapaz de continuar con su actividad a falta de acceso al insumo, puesto que no existan alternativas plausibles que hagan las veces de sus sustitutos.
50. Después de IMS⁴⁰ resulta muy difícil disputar que existe una doctrina de insumos esenciales consolidada en el derecho común europeo. En esta resolución, la Corte confirmó la noción de circunstancias excepcionales como presupuesto para que pueda ordenarse el libre acceso a un insumo. No obstante se tratara de los mismos requisitos, los extremos de estas circunstancias excepcionales se detallaron con mayor precisión que en Magill. Se requirió nuevamente que: (i) se impida el

³⁸ Sentencia del Tribunal del 6 de julio de 1995. Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia – abuso de una posición dominante – propiedad intelectual. Asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P. Recopilación de Jurisprudencia 1995 I-00743. ECLI: EU: C: 1995:98.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 1998. Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG y Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG. Petición de decisión prejudicial: Oberlandesgericht Wien - Austria. Artículo 86 del Tratado CE - Abuso de posición dominante - Negativa de una empresa periódica que ocupa una posición dominante en el territorio de un Estado miembro a incluir la distribución de un diario competidor perteneciente a otra empresa del mismo Estado miembro en su propio sistema de reparto de periódicos a domicilio. Asunto C-7/97. Recopilación de Jurisprudencia 1998 I-07791. ECLI: EU: C: 1998:569.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 29 de abril de 2004. IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG. Petición de decisión prejudicial: Landgericht Frankfurt am Main - Alemania. Competencia - Artículo 82CE - Abuso de posición dominante - Estructura de segmentos utilizada para el suministro de datos sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos en un Estado miembro - Derecho de autor - Negativa a conceder una licencia de utilización. Asunto C-418/01. Recopilación de Jurisprudencia 2004 I-05039. ECLI: EU: C: 2004:257.

surgimiento de un nuevo producto en el mercado relevante para el que existe una demanda potencial; (ii) no exista una justificación objetiva; (iii) y se excluya por completo la competencia en un mercado relacionado.

51. Finalmente, en Deutsche Telekom, la doctrina de insumos esenciales da un importante viraje de su contraparte estadounidense. En una resolución compleja que, como se pudo ver antes, trató principalmente sobre una práctica de fijación de precios inequitativos, la Comisión confirmó la aplicabilidad de la doctrina de insumos esenciales aun en un mercado donde el regulador sectorial ya hubiere establecido reglas de libre acceso (el sector telecomunicaciones). Efectivamente, esta decisión corre completamente en contra a la resolución de la Suprema Corte de Estados Unidos en Trinko, en tanto que sostiene que aun cuando ya se hubiere liberado el sector de telecomunicaciones, al establecer la autoridad sectorial tarifas para el acceso de los competidores locales y regionales a la red del incumbente, la Comisión puede incluso imponer obligaciones de compartición incrementales, si identifica que subsisten prácticas que son abusivas por parte de la empresa dominante.
52. Como puede constatarse, en cuanto a sus requisitos de procedencia, la doctrina de insumos esenciales de la Unión Europea no es una calca del modelo norteamericano, sino que tiene sus propios criterios, cincelados por su propia casuística. Por un lado, en Estados Unidos, la aplicación de la doctrina se enfoca en mercados donde existen empresas dominantes sujetas al control de la Sección 2 de la Ley Sherman, en general, individualmente determinados. Por el contrario, en Europa es claro que las autoridades competentes requieren primero identificar un esquema en que una empresa detenta una posición dominante en un mercado y abusa de ella para coartar la competencia en otro relacionado, antes de aplicar la doctrina de insumos esenciales. Por otro lado, como puede verse en Hecht y en Bronner, en Estados Unidos resulta suficiente que la denegación de acceso a un insumo esencial cause severas dificultades a otros competidores para concurrir al mercado para que se decrete el acceso, mientras que en la Unión Europea, el acceso debe ser absolutamente indispensable. Estas, entre otras discrepancias entre los elementos de sus estándares de procedencia, dan fe de la individualidad de ambas versiones de la doctrina.
53. No obstante, la que parece ser la distinción más importante entre una y otra tiene que ver con la hipótesis medular de este trabajo: ¿cuál es la extensión o hasta qué medida puede limitarse el derecho de propiedad de los particulares en pos del derecho a la libre competencia, mediante la doctrina de insumos esenciales? La versión europea de la doctrina se alinea más con una postura intervencionista de las agencias de competencia (el Estado) en la tarea de corregir determinadas estructuras de mercado donde se juzga que se abusa de una posición dominante. En Estados Unidos, por otro lado, la tendencia es que el derecho a rehusarse a negociar gane terreno al campo de aplicación de la doctrina de insumos esenciales, sobre todo desde Trinko. En este

sentido, la jurisprudencia está revalorando este elemento del derecho de propiedad, así como los incentivos a la inversión y a la innovación que le están asociados. Ejemplo de esta divergencia es que en EEUU la regla general es que el derecho a rehusarse a negociar prevalece aun respecto de empresas dominantes, siempre que sus intenciones no sean exclusivamente las de monopolizar el mercado, mientras que en la Unión Europea, estas empresas tienen “responsabilidades especiales” para con sus competidores.⁴¹

54. Para finalizar, a continuación se presentan los elementos de procedencia extraídos del análisis anterior a un listado típico de derecho mexicano, es decir, se construye un estándar legal de procedencia para la aplicabilidad de la doctrina en la Unión Europea:

- i. El agente económico que controla el insumo esencial debe detentar una posición dominante (poder sustancial de mercado) en el mercado del insumo.
- ii. El agente económico que controla el insumo debe denegar el acceso a la competencia u otorgarlo en términos discriminatorios sin una justificación objetiva.
- iii. La denegación de trato debe traer consigo la preclusión de la competencia en un mercado relacionado, existente o potencial, regulado o no, generalmente descendente, y en el que a menudo también participa el agente que controla el insumo esencial.
- iv. Debe estarse frustrando el lanzamiento de un producto nuevo al mercado con la denegación de acceso al insumo esencial o su otorgamiento en términos discriminatorios.

El insumo esencial no debe poder ser replicado o sustituido por razones técnicas, legales o económicas, de manera que es absolutamente indispensable para acceder a la competencia.

⁴¹ Hatzopoulos, Vassilis, “*The EU Essential Facilities Doctrine*”, p. 55.
http://www.i.umich.edu/UMICH/ces/Home/Resources/Michigan%20Paper%20Series/Hatzopoulos_EU_Essential_Facilities.pdf

La teoría del insumo esencial en México: Reforma de los artículos 6º, 7º, 27º, 28º, 73º, 78º, 94º y 105º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones

55. Hecho el análisis de la jurisprudencia de Estados Unidos y la Unión Europea, que construyó la doctrina de insumos esenciales, es pertinente hacer lo propio, pero con respecto de la reforma constitucional que la introdujo al derecho nacional, así como a la ley secundaria que la desarrolla. Esto con la finalidad de determinar si el estándar mexicano incorpora los elementos de procedencia de los modelos extranjeros y si lo hace apropiadamente.
56. La primera ocasión en que se habló en México de una doctrina de insumos esenciales fue en el contexto de la iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27º, 28º, 73º, 78º y 94º de la Constitución en materia de telecomunicaciones (“la reforma”). Efectivamente, la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones, enviada por el presidente de la República a la Cámara de Diputados el 11 de marzo de 2013, fue el documento que introdujo la noción de insumo esencial al sistema jurídico mexicano.
57. Aunque inaugura el concepto en México, la reforma del Ejecutivo es muy parca al hablar sobre insumos esenciales. Solo menciona la figura en contadas ocasiones: fundamentalmente, cuando habla sobre las facultades incrementales del nuevo órgano constitucionalmente autónomo, Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), y cuando hace lo propio respecto de su contraparte en los sectores de las telecomunicaciones y la radiodifusión, el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT). En los apartados conducentes, la reforma únicamente establece que, por su lado, la Cofece “contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre las que se encuentran las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; **regular el acceso a insumos esenciales** (énfasis añadido), y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos”,⁴² el IFT, “Tendrá a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, **así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales.**”⁴³ (Énfasis añadido.)

⁴² Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, año XVI, núm. 3726-II, anexo II, “Iniciativas del titular del Poder Ejecutivo con proyecto de decreto, que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones”, p. 17.

⁴³ *Ibid*, p. 18.

58. Paradójicamente, aunque la reforma es lacónica al hablar de insumos esenciales, otorga a los órganos constitucionalmente autónomos facultades amplísimas para determinarlos, mucho más que los marcos normativos respectivos a sus contrapartes en Estados Unidos y Europa. Efectivamente, la atribución general de “regular insumos esenciales”; la ausencia de la suspensión del acto reclamado en la impugnación de las decisiones del regulador; y la omisión de la necesidad de infringir la competencia por los méritos como requisito de procedencia para la doctrina, conjuntamente, dan facultades en su aplicación mucho más amplias y sin contrapesos que las que tiene el regulador estadounidense o la Comisión y los tribunales europeos.

Iniciativa del Ejecutivo Federal de Ley Federal de Competencia Económica

59. Más adelante, en las leyes secundarias, el panorama no cambia mucho. La iniciativa presidencial de Ley Federal de Competencia Económica no ofrece mucha más claridad sobre el particular en la breve justificación que hace sobre la nueva institución. El apartado correspondiente dice a la letra lo siguiente: “En vista de la experiencia internacional que ha demostrado la dificultad de identificar y definir lo que debe considerarse como insumos esenciales, la presente iniciativa propone adoptar por primera vez a nivel legal, parámetros que faciliten la labor de la autoridad de competencia y de los demás operadores jurídicos en la determinación de existencia de insumos esenciales”.⁴⁴

60. Presumiblemente en vista de este razonamiento, propone una lista de criterios para determinar la existencia de insumos esencial, es decir, establece de manera legal una lista de requisitos acumulativos que deben satisfacerse para que un insumo (producto, instalación o infraestructura) pueda atribuírsele la calidad de esencial y, por lo tanto, ser potencial destinatario de regulación o medidas.

Artículo 60. *Para determinar la existencia de insumo esencial, la Comisión deberá considerar.*

- I. Si el insumo es detentado o prestado por un solo Agente Económico o un número reducido de Agentes Económicos.*
- II. Si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro Agente Económico;*
- III. Si el insumo resulta indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos, y*
- IV. Los demás criterios que, en su caso, se establezcan en las Disposiciones Regulatorias.*

⁴⁴ Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, año XVII, núm. 3966, anexo III, “Iniciativas del titular del Ejecutivo federal, con proyecto de decreto que expide la Ley Federal de Competencia Económica, y reforma el artículo 254 Bis del Código Penal Federal”, p. 7.

61. Lo que es importante colegir de la argumentación que hace la iniciativa de decreto y su posterior consagración en la ley de la materia, es que el Ejecutivo federal extrae de la discusión internacional en torno a cuáles deben ser los elementos de procedencia de la doctrina un lista rígida de requisitos formales para atribuir la calidad de esencial a un insumo, y la eleva a rango de ley. Como se verá más adelante, al día de hoy, la administración pública federal no ha dado justificación adicional respecto de por qué se eligieron dichos requisitos. Aunque esta forma de proceder, la codificación de disposiciones, es congruente con la tradición romana germana francesa de derecho que impera en México, es patente que la exposición de los motivos detrás del precepto resulta insuficiente. El dispositivo en comento cambiaría sustancialmente durante el proceso legislativo, pero, no obstante, sin ofrecer sustento adicional en su versión final para justificar la razón de los elementos que lo componen.
62. Un articulado rígido puede ser desventajoso cuando se definen los extremos de un concepto como el de insumo esencial, en la medida en que le resta flexibilidad. El derecho anglosajón, por otro lado, construido con base en precedentes, ofrece un contexto más dinámico en el que la doctrina de *Essential Facilites* ha tenido y tiene una mayor habilidad para moldearse al caso concreto. Quizá una apreciación casuística de la doctrina de insumos esenciales, capaz de adecuarse a cada controversia, puede juzgar con más certeza lo que en diferentes circunstancias constituye un insumo esencial.

Debate legislativo

63. El debate legislativo, en el caso de la reforma constitucional, se caracterizó por dar un tratamiento marginal al concepto de insumo esencial, lo que probablemente se debió al poco conocimiento que los legisladores tenían del concepto. De hecho, más allá de ciertas alusiones, los legisladores y las legisladoras omitieron desarrollar a profundidad las implicaciones que tiene la nueva facultad de regular el acceso a insumos esenciales. Tómese en cuenta que la discusión de la reforma se dio bajo el auspicio del Pacto por México, lo que quiere decir que venía tildada con el beneplácito de los coordinadores parlamentarios de los principales partidos políticos. En la medida en que estas bancadas no opusieron resistencia a que la legislación se acordara en sus términos, su aprobación se dio en tiempos reducidos y sufrió muy pocas modificaciones.⁴⁵ En esta coyuntura simplemente no se dio un debate más profundo

⁴⁵ Poder Legislativo Federal, Cámara de Diputados, LXII Legislatura, *Diario de los Debates*, correspondiente al Segundo Periodo de Sesiones Ordinarias del Primer Año de Ejercicio, año I, México DF, martes 12 de marzo de 2013, Sesión núm. 13; jueves 14 de marzo de 2013, Sesión núm. 14; jueves 21 de marzo de 2013, Sesión núm. 17.

Poder Legislativo Federal, Cámara de Senadores, LXII Legislatura, Segundo Periodo Ordinario, año I, México DF, martes 2 de abril de 2013, Sesión núm. 18; viernes 19 de abril, Sesión núm. 27 y jueves 25 de abril, Sesión núm. 30.

sobre los elementos de una incipiente doctrina de insumos esenciales. Lo que resulta inusitado, dada la magnitud de las consecuencias que puede traer una regulación así de limitativa a la libertad de los particulares.

64. Lo mismo puede decirse sobre la discusión parlamentaria que suscitaron las leyes secundarias: no hubo una profundización en la institución de insumo esencial, aunque sin duda se trató, en términos generales, de un debate más robusto que el que se generó a raíz de la reforma, situación que se hace patente en la alta cantidad de modificaciones que sufrieron las iniciativas presidenciales de Ley Federal de Competencia Económica y Ley Federal de Telecomunicaciones. En el caso de la primera, simplemente el dictamen de Comisiones aprobado por el Pleno de la Cámara de Diputados, como cámara de origen, contó más de cien enmiendas al texto original de la legislación. Se trató, pues, de un debate algo más nutrido, libre del yugo del Pacto por México, en que la iniciativa de Ley pudo desgranarse más y considerarse en mayor medida por sus méritos y limitaciones.
65. Así pues, por lo que respecta a la materia del presente trabajo, la argumentación fue por todos lados escasa. Los legisladores, tanto en el Senado como en la Cámara, no tuvieron mucho que agregar al texto propuesto por el Ejecutivo. Las contribuciones más significativas a la iniciativa provinieron de las Comisiones Unidas de Economía y Competitividad de la Cámara de Diputados. Primero que nada, formularon una definición propia de insumo esencial, definiéndolo como “un bien o servicio que: es indispensable para completar un proceso productivo determinado; cuya réplica por otro agente económico o grupo de agentes económicos es técnicamente inviable o económicamente ineficiente; cuyo control recae en manos de un reducido número de agentes económicos que participan simultáneamente en la provisión de bienes o servicios al segmento final del mercado donde participan los agentes económicos que requieren del insumo esencial; y que en función de un análisis realizado por la Comisión, la imposición de condiciones de acceso a ese insumo esencial es susceptible de generar un impacto procompetitivo en el mercado o los mercados relevantes analizados.”⁴⁶ Como puede colegirse del contraste entre la definición transcrita y la que contiene la iniciativa, las Comisiones desarrollan más el listado de elementos, al especificar, con ajuste a la doctrina europea, que quienes controlan el insumo deben participar simultáneamente en el mercado de provisión y en el mercado final, donde también participan los agentes económicos que requieren del insumo para competir. Adicionalmente, se señala que como presupuesto de la imposición de medidas regulatorias al insumo de que se trate, la Comisión debe haber realizado un análisis que garantice efectos procompetitivos para los consumidores.

⁴⁶ Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, año XVII, núm. 3988-II, anexo II, “Dictamen a discusión de la Comisión de Economía, con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Competencia Económica y se reforma el artículo 254 Bis del Código Penal Federal”, p. 6.

66. Independientemente de la pobre discusión parlamentaria, se hicieron modificaciones sustanciales⁴⁷ al listado de criterios calificativos del insumo, contenido en el artículo 60. Se especificó en la fracción I que él o los Agentes Económicos que controlan el insumo deben tener poder sustancial en el mercado relevante o haber sido determinados como preponderantes por el Instituto Federal de Telecomunicaciones,⁴⁸ lo que sin lugar a dudas significó un acercamiento a estándares internacionales de aplicabilidad de la doctrina: tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea alguna forma de poder de mercado o de posición dominante es indispensable para que proceda la determinación de un insumo esencial. Adicionalmente, las Comisiones añadieron una cuarta fracción que integra un nuevo elemento a considerar en la determinación de insumo esencial: las circunstancias bajo las cuales el Agente Económico llegó a controlar el insumo. El dictamen argumenta que este nuevo criterio permite que "...la Comisión realice valoraciones diferenciadas según las circunstancias de cada caso y tome en cuenta, por ejemplo, si el Agente Económico asumió el riesgo de la creación del insumo de que se trata o si lo obtuvo gracias a circunstancias especiales. Lo anterior, a fin de evitar que la determinación de insumos esenciales pueda desincentivar la inversión e innovación."⁴⁹ Así pues, un insumo que haya llegado al dominio exclusivo de un competidor como resultado de un proceso de investigación e innovación cuyos costos y riesgos hayan sido asumidos por él mismo, tendrá que recibir un tratamiento diferente, naturalmente más laxo, por parte de la autoridad reguladora a que si el caso fuese, por ejemplo, que un competidor en el mercado haya llegado a tener el control de un insumo merced a un proceso de privatización o simplemente mediante una adquisición. En este último caso, la autoridad podría ser más propensa a aplicar una regulación del insumo sin cortapisa, en tanto que no corre el riesgo de desincentivar que los agentes económicos inviertan y se arriesguen en crear y expandir el mercado. Esto también se encuentra en línea con las consideraciones hechas por las autoridades estadounidenses y europeas, encaminadas a proteger los incentivos para la inversión y la innovación.

67. Por otro lado, el artículo 94, precepto que regula las investigaciones de mercado para determinar la existencia de insumos esenciales y barreras a la competencia sufrió

⁴⁷ En el texto del Dictamen se incluye este conjunto de modificaciones como **modificación 16**, en el apartado de Consideraciones de la Comisión, p. 10:

"16. En el artículo 60 se proponen ajustes a la fracción I y adicionar una fracción IV a fin de darle mayor soporte al concepto. En la fracción I del artículo 60 se propone establecer que el insumo esencial tiene que ser controlado por uno o varios agentes económicos con 'poder sustancial'. Esta adición responde al hecho de que los efectos anticompetitivos normalmente ocurren cuando el insumo esencial es controlado por uno o varios Agentes Económicos que tienen ese carácter. Adicionalmente se propone sustituir la palabra 'detentado' por 'controlado' puesto que este último término es más preciso y acorde al sentido de la fracción. Asimismo, se agrega una nueva fracción IV, a fin de que la Comisión realice valoraciones diferenciadas según las circunstancias de cada caso y tome en cuenta, por ejemplo, si el Agente Económico asumió el riesgo de la creación del insumo de que se trata o si lo obtuvo gracias a circunstancias especiales. Lo anterior, a fin de evitar que la determinación de insumos esenciales pueda desincentivar la inversión e innovación."

⁴⁸ Explicar que la parte de preponderancia no se hizo en el dictamen de las Comisiones.

⁴⁹ Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, año XVII, núm. 3988-II, anexo II, "Dictamen a discusión de la Comisión de Economía, con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Competencia Económica y se reforma el artículo 254 Bis del Código Penal Federal", p. 10.

modificaciones importantes en su paso por el Congreso. La disposición evolucionó significativamente: de la estructura que tenía en la iniciativa presidencial, con la que, en el mejor de los casos, generaba una tremenda incertidumbre jurídica para los agentes económicos, y en el peor, era abiertamente violatoria de sus derechos económicos a un procedimiento en el que las libertades de estos últimos se protegen en mucho mayor medida. No obstante, no llegó a exigir que se abusara del poder de mercado para la imposición de medidas, situación que atenta contra el derecho de propiedad de las empresas y termina por perjudicar a la competencia.

68. En el dictamen que la Cámara envió al Ejecutivo para sus efectos constitucionales, pues, el artículo 94 se había modificado dramáticamente. Primero que nada, se añadió el texto “cuando existan elementos que hagan suponer que no existen condiciones de competencia efectiva en un mercado”, lo que significó una salvaguarda importante al derecho de propiedad de los agentes económicos, en la medida en que obliga a la autoridad a llevar a cabo el análisis de condiciones de competencia efectiva en el mercado previo a determinar la existencia de una barrera o de un insumo esencial. Ello quiere decir que se debe llevar a cabo un análisis de los elementos para determinar poder sustancial, conforme al artículo 59, para resolver, precisamente, sobre cuestiones de competencia efectiva y, posteriormente, substanciar el procedimiento conducente, regulado por el artículo 96 de la LFCE. Esto sin duda protege a los potenciales destinatarios de medidas, en tanto que sujeta a la autoridad a un análisis económico y legal, que sigue una metodología ceñida a estrictos estándares de prueba, lo que está en sintonía con los análisis de intento de monopolización y de abuso de una posición dominante que deben realizarse en Estados Unidos y en la Unión Europea, respectivamente, previo a determinar insumos esenciales.
69. Como salvaguarda adicional, se añadió a la cabecera del artículo el requisito de que el control de insumos esenciales o la presencia de barreras a la competencia “puedan generar efectos anticompetitivos”. De acuerdo con esta limitación, antes de hacer la determinación correspondiente, la autoridad debe demostrar que la estructura del mercado (el control del insumo por parte de uno solo o un grupo de agentes económicos) redundará en perjuicio de los consumidores. Esto constituye otra protección para las empresas, en tanto que la carga de esta prueba deberá ser soportada por la Comisión. De nuevo, un requisito que es necesario satisfacer en los sistemas estadounidense y europeo: la demostración de que ha precluido la competencia en el mercado o en un mercado relacionado como resultado del control anticompetitivo de un insumo en perjuicio de los consumidores (se han reducido sus opciones, se ha frustrado el lanzamiento de un producto nuevo, etc.).
70. Entre otras modificaciones al procedimiento, en la fracción VII del 94, se otorgó a los agentes la posibilidad de proponer a la Comisión, en una sola ocasión, medidas idóneas y económicamente viables para eliminar los problemas de competencia. Más

adelante, se detalló el posible contenido de la resolución que recae a los procedimientos especiales, entre el que destaca *La determinación sobre la existencia de insumos esenciales y lineamientos para regular, según sea el caso, las modalidades de acceso, precios o tarifas, condiciones técnicas y calidad, así como el calendario de aplicación*. Finalmente, en concordancia con el requerimiento de que se demuestre una afectación a los consumidores, el precepto obliga a la Comisión a verificar que las medidas propuestas efectivamente generan “incrementos en eficiencia en los mercados”, por lo que admite que contra ellas, las empresas aleguen la existencia de ganancias en eficiencia. Igualmente aquí, poner en relieve este derecho de los agentes económicos está en línea con la práctica internacional, donde, en la medida en que se tutela la competencia por los méritos, es posible alegar una eficiencia como justificación objetiva del control exclusivo de insumos esenciales.

71. Lo que resulta interesante rescatar es que las modificaciones sustanciales a los artículos 60 y 94 no son rastreables a una discusión parlamentaria robusta, con el interés de los agentes económicos y de los consumidores como estandarte, sino que se gestaron al interior de Comisiones y fueron, casi sin excepción, promovidas por la iniciativa privada. Es menester reconocer la participación activa de este sector en el perfeccionamiento de los procedimientos especiales.

Ley Federal de Competencia Económica

72. La versión final de la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014, articula su doctrina de insumos esenciales fundamentalmente en los artículos 12, 56, 60 y 94. El primer precepto citado es el dispositivo que enlista las atribuciones del nuevo órgano constitucionalmente autónomo, Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece). En la fracción II, le otorga la facultad de:

- II. Ordenar medidas para eliminar barreras a la competencia y la libre concurrencia; determinar la existencia y regular el acceso a insumos esenciales, así como ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los Agentes Económicos en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos. (Énfasis añadido.)*

A continuación, se agregan al numeral 56, que contiene el listado de prácticas monopólicas relativas, dos nuevos tipos de conductas que tienen relación con el control de insumos esenciales: la denegación de acceso al insumo, tal y como puede encontrarse, por ejemplo, en los casos de los puertos, y el estrechamiento de márgenes entre el precio de acceso al insumo esencial y el precio ofrecido a usuarios finales por el mismo agente dominante, hipótesis que se verifica en el caso de Deutsche Telekom.

- XII. *La denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias a un insumo esencial por parte de uno o varios Agentes Económicos, y*
- XIII. *El estrechamiento de márgenes, consistente en reducir el margen existente entre el precio de acceso a un insumo esencial provisto por uno o varios agentes económicos y el precio del bien o servicio ofrecido al consumidor final por esos mismos agentes económicos, utilizando para su producción el mismo insumo.*

Es importante destacar aquí que para efectos de investigar y sancionar estas dos prácticas monopólicas relativas, la Comisión puede abstenerse de desahogar el procedimiento especial establecido por el artículo 94 para determinar la existencia de insumos esenciales.

73. Es importante hacer hincapié en el hecho de que la nueva ley, paralelamente a los procedimientos especiales, incluye una nueva práctica monopólica relativa, que consiste en la negativa o la denegación de acceso anticompetitiva a un insumo esencial. Precisamente el efecto que la doctrina de insumos esenciales tiende a combatir. Para investigar y sancionar esta práctica no se exige que se desahogue el procedimiento especial para determinar insumos esenciales del artículo 94 de la LFCE, sino, pareciera ser, simplemente que se acrediten los extremos del artículo 60. Presumiblemente, porque la Comisión diferencia el control de un insumo esencial a través de la practica monopólica relativa de la denegación de trato y el control de un insumo esencial por parte de un agente económico meramente como rasgo indeseable o “falla” del mercado, pero que, no obstante, también hay que corregir. Ello explica que en el primer caso, deba realizarse un análisis de existencia y ejercicio de poder sustancial de mercado, y, en el otro, el análisis que debe substanciarse es el de condiciones efectivas de competencia en el mercado, normado por el artículo 96, que, al final de cuentas, es también un análisis de poder sustancial de mercado. De hecho, el artículo 59 de la LFCE así lo determina de manera expresa.
74. Haciendo esta diferenciación, la ley yerra importantemente. El control de un insumo esencial sólo debe ser regulado cuando quien lo detenta ha negado el acceso a un competidor, en cualquier otro caso, la intervención del regulador no está justificada. Como se pudo ver en la jurisprudencia y como se abundará más adelante, la imposición de obligaciones de acceso sólo tiene sentido cuando el acceso a sido denegado. En este sentido, hubiera resultado mucho más apropiado que la doctrina de insumos esenciales (la imposición de obligaciones de acceso a un insumo que se determina esencial, cuando se reúnen ciertos requisitos) se hubiere mantenido exclusivamente como una práctica monopólica relativa. El presente trabajo no advoca

por una supresión de los procedimientos especiales, como se puede constatar de su lectura, pero, sin embargo, reconoce que ésta es una solución alternativa a las modificaciones a la ley que termina por proponer.

75. El artículo 60 de la LFCE es la disposición central de la doctrina legal de insumos esenciales: lo que en este trabajo se ha llamado el estándar de procedencia para su aplicabilidad. En él se plantean los requisitos o elementos que el insumo —el producto, la instalación, la infraestructura, etc. — debe satisfacer para tener la calidad de esencial. Una vez verificados estos criterios, la Comisión puede encontrarse en condiciones de hacer la determinación conducente.

Artículo 60. *Para determinar la existencia de insumo esencial, la Comisión deberá considerar:*

- I. Si el insumo es controlado por uno, o varios Agentes Económicos con poder sustancial o que hayan sido determinados como preponderantes por el Instituto Federal de Telecomunicaciones;*
- II. Si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro Agente 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, en su caso, se establezcan en las Disposiciones Regulatorias.*

Como puede apreciarse, con excepción de la cláusula habilitante contenida en la fracción V, todos los elementos del estándar mexicano pueden rastrearse a las resoluciones de las autoridades judiciales de Estados Unidos o de la Unión Europea. En ambas jurisdicciones es menester que el agente económico que está en control del insumo detente alguna forma de dominancia o poder de mercado. Tanto en Estados Unidos como en Europa se ha hecho explícita la necesidad de la irreplicabilidad del insumo o la infraestructura que se pretende tildar de esencial, es más, se ha ido más lejos, determinándose que basta que la duplicación traiga excesivos perjuicios económicos a los competidores para que se considere que el insumo o la infraestructura es indispensable para competir en el mercado. Por lo que hace a la fracción tercera del artículo 60, las cortes estadounidenses y europeas han interpretado lo “indispensable” del insumo como la imposibilidad de duplicación de este. Como se dijo, en estas jurisdicciones se ha encontrado que esta característica se conserva aun cuando existe un sustituto, pero el costo asociado a su desarrollo es de tal magnitud que el intercambio no es rentable y, por lo tanto, obstruye de igual modo la capacidad para competir. En relación con las circunstancias en que se llegó al control del insumo, también encontramos en la jurisprudencia de Estados Unidos, pero

sobretudo en el derecho común europeo que se ha enfatizado la aplicación de la doctrina en industrias donde solía existir un monopolio legal auspiciado por el Estado, es decir, donde el insumo o la infraestructura esencial se desarrolló durante un periodo en que cierto agente económico recibía ganancias monopólicas bajo el cobijo de los poderes públicos. En estos casos, las autoridades de competencia están significativamente más legitimadas para imponer obligaciones de acceso mandatorio que en los casos en que el insumo esencial debe su desarrollo plenamente a los esfuerzos, a las inversiones y a la investigación e innovación del agente económico que lo controla.

76. Sin embargo, el elemento, omnipresente en la jurisprudencia extranjera, que destaca por su ausencia del estándar mexicano, es el que requiere que el agente económico con poder sustancial de mercado o declarado preponderante por el IFT haya incurrido en una práctica exclusionaria violatoria de la Ley Federal de Competencia Económica para que resulte procedente la aplicación de la doctrina. La ley no exige que la empresa dominante haya negado injustificadamente el acceso al insumo esencial a un competidor como presupuesto para imponer a este último medidas de conducta, lo que diverge claramente de los estándares de procedencia de las doctrinas de insumos esenciales de Estados Unidos y la Unión Europea. Como se vio en el análisis de derecho comparado, la necesidad de verificar la comisión de una práctica indebida por parte del agente dominante es indispensable para salvaguardar el sistema de incentivos para la inversión y la innovación que existe en el mercado. Las empresas pueden tener la certidumbre de que mientras no incurran en intentos de monopolización del mercado o de abuso de su posición ventajosa, no les serán aplicadas las medidas de conducta asociadas con la doctrina de insumos esenciales. **La ausencia de este requisito pone a la prueba mexicana en tensión con el principio de derecho de competencia que establece que el poder de mercado por sí mismo no es ilegal, sino solo cuando el agente que lo detenta abusa de él con la finalidad de desplazar indebidamente a un competidor o de precluir la competencia en el mercado.**

77. Por lo que respecta a la última fracción del artículo 60 en comento, las Disposiciones Regulatorias de la LFCE, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de noviembre de 2014, no amplían el catálogo de criterios en ley para calificar el insumo, como en un primer momento temían distintos críticos de la iniciativa, sino que en el numeral 8 imponen a la autoridad la exigencia de demostrar que el establecimiento de obligaciones de acceso al insumo esencial se traducirá en eficiencias de mercado. Ello significa un control adicional para la autoridad en la aplicación de la doctrina. El dispositivo discutido establece lo siguiente:

ARTÍCULO 8. *Para efectos de la fracción V del artículo 60 de la Ley la Comisión deberá considerar si permitir el uso del insumo por parte de terceros generará eficiencia en los mercados.*

Investigaciones *ex ante*

78. La locución neolatina *ex ante* significa “antes del suceso”. Las investigaciones de mercado que instauró la Ley Federal de Competencia Económica con la finalidad de determinar insumos esenciales o barreras a la competencia tienen esta particularidad: se inician y se substancian con anterioridad a que un agente económico incurra en una práctica monopólica o, de acuerdo con el lenguaje jurídico de Estados Unidos, en un intento de monopolización del mercado. Efectivamente, se trata de un análisis preventivo encaminado a corregir las fallas que se identifiquen en los mercados investigados, del que pueden derivar, en caso de juzgarse necesario, remedios estructurales o de conducta dirigidos a agentes económicos individualmente determinados. En palabras de la propia Autoridad Investigadora de la Cofece “Las investigaciones de mercado son una herramienta adicional que permite obtener una perspectiva integral de los mercados para la corrección de fallas conductuales y estructurales.”⁵⁰
79. Antes de que entrara en vigor la ley actual, existía la figura de los estudios de mercado⁵¹ y, de hecho, se utilizó con frecuencia por la extinta Comisión;⁵² no obstante, tenía una finalidad contrastantemente distinta a la del nuevo modelo: hacer propuestas a las autoridades competentes de liberalización, desregulación o modificación normativa con el objeto de proteger o restaurar el proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados en los que se considera que está en riesgo o que ha sido vulnerado. En otras palabras, como apuntan Perrot y Komninos, “tales investigaciones eran herramientas para **advocar** por la competencia en los mercados (también para, potencialmente, **advocar** por ella en el Congreso), pero no para **aplicar** las leyes de competencia.”⁵³ (Énfasis añadido.)
80. Existen muchas agencias de competencia en el mundo que utilizan la herramienta de estudios de mercado con la finalidad de hacer planteamientos o enderezar propuestas de modificaciones legislativas o de políticas públicas a otras entidades de la

⁵⁰ Mena Labarthe, Carlos, “*Barreras a la competencia y libre concurrencia e insumos esenciales*”, enero de 2014. http://works.bepress.com/carlos_mena-labarthe/7/

⁵¹ Artículo 24. “La Comisión tendrá las siguientes atribuciones:
(...)

XVIII bis 2. Realizar estudios, trabajos de investigación e informes generales en materia de competencia económica sobre sectores, en su caso, con propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa, cuando detecte riesgos de dañar al proceso de competencia y libre concurrencia o cuando identifique niveles de precios que puedan indicar un problema de competencia o acciones que resulten en un aumento significativo de precios o cuando así se lo notifiquen otras autoridades.”

⁵² CFC: Opinión con el fin de promover la aplicación de los principios de competencia y libre concurrencia en la proveeduría de servicios aeroportuarios (2007); opinión con el fin de promover la aplicación de los principios de competencia y libre concurrencia en el diseño y aplicación de políticas y regulaciones de comercio exterior de mercancías (2008); opinión con el fin de promover la aplicación de los principios de competencia y libre concurrencia en el mercado de servicios bancarios al menudeo (2007); Opinión con el fin de promover la aplicación de los principios de competencia y libre concurrencia en la administración de fondos para el retiro (2006).

⁵³ Perrot, Anne y Komninos, Assimakis, “*Mexico’s Proposed Reform of Competition Law: A Critique from Europe*”, 3 de marzo de 2014, p. 7. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2404022

administración pública, de forma que se salvaguarde el proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados.⁵⁴ Por el contrario, existen pocas jurisdicciones en las que se utilice la figura con la posibilidad de imponer medidas o remedios estructurales o de conducta: tales con los casos de Grecia, Israel y el Reino Unido. Al respecto de estos modelos, Perrot y Komninos —ex comisionado de la agencia de competencia griega—, señalan que: “tales investigaciones de mercado, en otras palabras, pueden ser iniciadas donde exista un problema de competencia que no es causado por una violación a las leyes de competencia. La autoridad puede intervenir en contra de cierta estructura de mercado o, a veces, de una “falla de mercado” y esto puede, ciertamente, derivar en medidas regulatorias...”

“La herramienta de investigación de mercado, tal y como la conocemos en las tres jurisdicciones antes mencionadas, es una manera algo controvertida de intervenir en el mercado y existen críticas válidas que pueden hacerse. No obstante, es importante destacar que el artículo 94 de la iniciativa de ley es mucho más criticable, en la medida en que difiere fundamentalmente aun de los sistemas griego, israelí y del Reino Unido, puesto que es probable que lleve a resultados perjudiciales para la competencia y el bienestar de los consumidores.”⁵⁵

81. Entonces, a raíz de la nueva LFCE, se transitó de un modelo de opiniones emitidas por el Presidente de la Comisión de Competencia Económica para advocar por una política de competencia a uno en que se conducen estudios de mercado que pueden culminar con la imposición de medidas o remedios estructurales o de conducta, estos últimos potencialmente dirigidos a agentes económicos determinados. En la jurisprudencia internacional, este mecanismo es la excepción a la regla; ejemplos de esta “rareza” los encontramos, con más cercanía a Occidente, en Grecia, Israel y el Reino Unido. La Cofece ha dicho que el modelo de estudios de mercado que incluye la nueva LFCE está construido con base en esta experiencia extranjera, particularmente en el modelo británico; sin embargo, desde el punto de vista de ex funcionarios de las agencias regulatorias en comento y como se verá adelante, existe evidencia para sustentar que se trata de esquemas divergentes.
82. Antes de entrar al análisis del modelo paradigmático de investigación de mercado asociada a la imposición de medidas: los estudios que lleva a cabo la autoridad de competencia británica, es importante hacer una serie de precisiones sobre la conveniencia de aplicar el esquema en comento en el ordenamiento jurídico mexicano.
- a) Primero que nada, es menester señalar que la herramienta de investigación de mercado, tal y como ha sido descrita, representa un invasión importante a la

⁵⁴ Tales como Estados Unidos y la Unión Europea.

⁵⁵ Perrot y Komninos, *op. cit.*, p. 3.

libertad económica de los agentes, en particular, a su derecho de propiedad, de cuyos elementos resulta más afectado el derecho a rehusarse a negociar con la competencia. Es natural que las leyes de competencia y, por tanto, las agencias que las aplican intervengan en el mercado con la finalidad de regular la conducta de un agente, cuando este se involucra en prácticas anticompetitivas; no obstante, “cuando no se ha verificado una conducta anticompetitiva semejante, no es claro por qué un agente económico debiere estar sujeto a regulación especial y a medidas que restrinjan sus libertades, meramente porque la estructura del mercado se considera poco deseable. Una intervención de esa naturaleza que, a final de cuentas, castiga a una empresa por el entorno del mercado, se aparta del principio general de imputación de responsabilidad que impera en la aplicación del derecho de competencia.”⁵⁶

- b) Segundo, como apuntan Perrot y Komninos, la habilidad de la herramienta de investigación de mercado para reparar “fallas de mercado” es dudosa, en la medida en que “no hay certidumbre de que tales “fallas de mercado” deben ser remediadas dentro de los confines del derecho de competencia, particularmente cuando las herramientas ortodoxas de las leyes de competencia son insuficientes para remediar la ausencia de competencia efectiva en el mercado. La fuente del problema puede no estar en el proceso de competencia, sino más bien en otros factores, tales como la legislación, los efectos de redes, la inercia de los consumidores o en flujos de información imperfectos entre los participantes en el mercado.”⁵⁷ Es decir, las agencias reguladoras no deben arrogarse el papel de arquitectos de las condiciones de los mercados, cosa que más bien corresponde, en cierta medida, a la legislación, y en otra más grande, al propio proceso del libre mercado. Si existen condiciones de mercado que pueden ser mejoradas por la legislación, ello corresponde hacerlo a los cuerpos legislativos electos.
- c) Adicionalmente, debe advertirse que una herramienta de aplicación de las leyes de competencia tal como la que se discute, corre el riesgo de politizarse cuando el Ejecutivo federal tiene personalidad para requerir al regulador, Comisión Federal de Competencia Económica, que inicie una investigación de mercado. La autonomía de la Cofece puede ponerse en entredicho en virtud de la injerencia que puede ejercitar la Presidencia por este conducto; situación que se sensibiliza si se toma en cuenta que para que una resolución dictada en seguimiento de los procedimientos especiales incluya la imposición de una medida de conducta dirigida a un agente económico, no se requiere que este último hay incurrido en una práctica monopólica.

⁵⁶ *Ibid*, pp. 8-9. (Traducción propia.)

⁵⁷ *Ibid*, p. 9. (Traducción propia.)

83. Por último, y de manera más importante, el esquema de estudios de mercado *ex ante* pronuncia la distancia que existe entre el estándar de procedencia de la doctrina de insumos esenciales mexicana y sus correlativos en Estados Unidos y la Unión Europea, en la medida en que reitera la idea de que para imponer una medida a un agente económico; limitar su derecho de propiedad mediante, por ejemplo, la imposición de un deber de compartir infraestructura de la que es propietario, no es necesario que se configure y demuestre práctica o conducta alguna que se aparte de una competencia por los méritos. Efectivamente, el mecanismo del artículo 94 está en sintonía con una prueba para la aplicación de la doctrina de insumos esenciales que no requiere que el agente económico dominante haya incurrido en una práctica indebida o en un intento de monopolización, lo que está en directa tensión con los modelos tradicionales de la doctrina.

Investigaciones de mercado de la Autoridad de Competencia y Mercados (CMA) del Reino Unido

84. La Comisión Federal de Competencia Económica ha ostentado que las investigaciones para determinar insumos esenciales y barreras a la competencia del artículo 94 de la LFCE se modelaron con base en las investigaciones de mercado que conduce la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido (CMA, por sus siglas en inglés)⁵⁸ y ha hecho pender de su estructura y resultados la justificación de esta nueva institución en el derecho mexicano; no obstante, existen discrepancias conceptuales, procedimentales y de políticas públicas entre ambas figuras, lo que pone en entredicho la supuesta filiación entre una y otra, así como la identidad entre sus objetivos y la efectividad con que cada una puede conseguirlos. Primero y ante todo, los estudios de mercado de la LFCE tienen el objetivo *ex profeso* de determinar la existencia de barreras a la competencia, concepto que no existe en ninguna otra jurisdicción en el mundo, así como identificar la presencia de insumos esenciales, propósito que no tienen en ningún otro derecho, ni siquiera en los sistemas que utilizan estudios de mercado con la posibilidad de imponer medidas estructurales o de conducta, como el Reino Unido. Esta desnaturalización de los estudios de mercado extranjeros contribuye, a su vez, a desnaturalizar la doctrina mexicana de insumos esenciales, en tanto que para determinar la existencia de un insumo esencial se requiere, de acuerdo con la totalidad de la jurisprudencia extranjera, probar un abuso de poder sustancial y para iniciar un estudio de mercado no. Se está utilizando la herramienta incorrecta para efectos de determinar la existencia de insumos esenciales, una que no incorpora todos los requisitos necesarios para hacer semejante determinación. Sin duda, esto significa un alejamiento de la doctrina de sus orígenes estadounidenses y europeos.

⁵⁸ “Competition and Markets Authority”. <https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority>

85. Las investigaciones de mercado fueron introducidas al derecho británico por la Ley de Empresas de 2002. Aunque el ordenamiento no contiene una definición legal de lo que es un “Estudio de Mercado”, fue previsto desde su concepción que la Oficina de Defensa a la Competencia (OFT, por sus siglas en inglés)⁵⁹ aplicara estudios de mercado con la finalidad de promover la competencia.⁶⁰ “Se trata de una herramienta que le permite a las autoridades de competencia evaluar si el proceso de competencia está funcionando con efectividad en un mercado; dónde es deseable enfocarse en el funcionamiento del mercado en su totalidad y no en un solo aspecto de éste; y cuándo en la conducta de empresas determinadas. Una investigación de mercado puede examinar cualquier problema de competencia e identificar cuál es el “rasgo” que lo está causando. Su única finalidad es observar si el proceso de competencia dentro del mercado analizado funciona de manera apropiada o puede ser mejorado, más no busca establecer reglas generales ni imponer obligaciones a empresas particulares.”⁶¹
86. El objetivo central de las investigaciones de mercado es contrarrestar los llamados Efectos Adversos sobre la Competencia (AEC, por sus siglas en inglés), mismos que pueden provenir de distintas fuentes. “Para estos efectos, la Comisión de Competencia (ahora CMA) puede examinar la conducta de determinadas empresas, así como aspectos estructurales del mercado (incluyendo barreras a la entrada o para la expansión) o la conducta de los clientes. En cualquier caso, el enfoque de una investigación siempre es sobre el proceso de competencia.”⁶²
87. Así las cosas, de acuerdo con la Sección 134(1) de la Ley de Empresas, la CMA debe determinar si “algún rasgo o una combinación de éstos en cada mercado relevante, previene, restringe o distorsiona la competencia en lo relativo a la oferta o la adquisición de bienes o servicios en el Reino Unido en alguna parte de éste.” De probarse la existencia de un rasgo semejante, tomándose como referencia teórica un mercado de “buen funcionamiento”, entonces se está ante un AEC en los términos en que fue descrito antes.
88. De acuerdo con los “Lineamientos para investigaciones de mercado”: su rol, procedimientos, evaluaciones y remedios, emitidos por la extinta Comisión de Competencia del Reino Unido en abril de 2013, y adoptados por la actual CMA (por lo tanto, en pleno vigor), la evaluación que la autoridad debe llevar a cabo para determinar la existencia de un AEC o un rasgo del mercado que amenaza la competencia debe observar tres elementos:

⁵⁹ Actualmente, la OFT, responsable hasta el 1 de abril de 2014 de defender los intereses de los consumidores, ha sido absorbida por la recién creada CMA (Competition and Markets Authority) y se le ha delegado a esta el grueso de sus responsabilidades.

⁶⁰ UK Competition Commission, CC3 (Revised) “*Guidelines for Market Investigations: Their Role, Procedures, Assessment and Remedies*”, abril de 2013, p.9.

⁶¹ *Ibid*, pp. 8-9. (Traducción propia.)

⁶² *Ibid*, p. 9. (Traducción propia.)

- a) “Las características principales del mercado, así como los resultados del proceso de competencia;
 - b) La definición del mercado relevante;
 - c) Los rasgos, si tales rasgos existen, que se presume están dañando el proceso de competencia y libre concurrencia (el llamado “análisis de competencia”, que la Comisión de Competencia enmarca utilizando una “teoría de daño”), considerando también si existen ganancias en eficiencia que puedan suprimir o mitigar el daño a la competencia proveniente de los rasgos.”⁶³ Una vez identificado un Efecto Adverso a la Competencia, la CMA puede ahora proceder a aplicar alguno de los remedios que la ley le pone a la mano.
89. Como puede desprenderse de la Ley y de los Lineamientos que la detallan, la prueba que el derecho británico exige para lanzar una investigación de mercado nunca hace alusión al inédito y confuso concepto de “barreras a la competencia”, y en ningún momento hace referencia al diverso de insumo esencial. En el Reino Unido, las características que deben evaluarse para detonar una investigación de mercado son: la conducta de uno o varios agentes económicos, rasgos estructurales del mercado o la conducta de los clientes.⁶⁴ Este listado de criterios está en sintonía con el propósito de los estudios: “observar si el proceso de competencia dentro del mercado analizado funciona de manera apropiada o puede ser mejorado, más no buscar establecer reglas generales ni imponer obligaciones a empresas particulares” y no con otro diverso. Consecuentemente, no se requiere, como sucede en la doctrina de insumos esenciales, que se demuestre la comisión de una práctica exclusionaria, precisamente porque estos estudios no están buscando determinar la existencia de insumos esenciales y mandar su compartición con la competencia.
90. Por tratarse de la doctrina de insumos esenciales, que es de aplicación excepcional y mediante la cual sí se pretenden imponer obligaciones de compartición, entonces sí se requiere que una conducta ilegal sea probada. Perrot y Komninos establecen el riesgo que conlleva utilizar la herramienta de investigación de mercado para aplicar esta doctrina: “si por ‘insumos esenciales’, el texto [de la iniciativa] se refiere a la doctrina de *Essential Facilities*, entonces ello suscita preocupaciones serias. Las leyes de competencia solo de manera excepcional, cuando existe un incentivo exclusionario para restringir la competencia en un mercado aguas abajo, consideran que la negativa de una empresa a otorgar el acceso a un ‘insumo esencial’ constituye un abuso de su poder de mercado...Fuera del ámbito del poder de mercado y de los abusos exclusionarios no puede aplicarse la doctrina de insumos esenciales. Particularmente

⁶³ *Ibid*, p. 24. (Traducción propia.)

⁶⁴ *Ibid*, p. 9. (Traducción propia.)

en el ámbito de los estudios de mercado, la aplicación de la doctrina puede resultar en un duro golpe a la competencia por los méritos y al bienestar de los consumidores.”⁶⁵

91. En suma, los estudios de mercado del Reino Unido tienen un propósito distinto del de las investigaciones de mercado de la ley mexicana. En esa medida, los criterios o elementos de la prueba que se deben satisfacer para iniciarlos no incluyen la verificación de una conducta monopólica. En el Reino Unido no se requiere que se pruebe una práctica indebida, puesto que el objeto principal de la figura no es determinar la existencia de insumos esenciales e imponer las obligaciones de libre acceso a los jugadores dominantes en el mercado. En México, por el otro lado, el propósito que la ley le dio a los estudios de mercado importados del Reino Unido, fue precisamente la de determinar la existencia de insumos esenciales y de barreras a la competencia, sin reparar en que para hacer una determinación semejante, de acuerdo con toda la jurisprudencia extranjera, debe poderse establecer que el agente económico dominante haya incurrido en una práctica monopólica.

Investigaciones para determinar insumos esenciales o barreras a la competencia en la LFCE

92. Como ya se mencionó, el precepto que regula el procedimiento para determinar la existencia de insumos esenciales o barreras a la competencia es el artículo 94 de la Ley Federal de Competencia Económica. A continuación se transcriben las partes relevantes de la disposición en comento:

Artículo 94. *La Comisión iniciará de oficio o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría, el procedimiento de investigación cuando existan elementos que hagan suponer que no existen condiciones de competencia efectiva en un mercado y con el fin de determinar la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia o insumos esenciales que puedan generar efectos anticompetitivos, mismo que se realizará conforme a lo siguiente:*

(...)

Una vez integrado el expediente, el Pleno emitirá la resolución que corresponda en un plazo no mayor a sesenta días.

La resolución de la Comisión podrá incluir:

- a) *Recomendaciones para las Autoridades Públicas.*

⁶⁵ Perrot y Komninos, *op. cit.*, p. 11.

Las resoluciones en las que la Comisión determine la existencia de disposiciones jurídicas que indebidamente impidan o distorsionen la libre concurrencia y competencia en el mercado, deberán notificarse a las autoridades competentes para que, en el ámbito de su competencia y conforme los procedimientos previstos por la legislación vigente, determinen lo conducente. Estas resoluciones deberán publicitarse;

- b) Una orden al Agente Económico correspondiente, para eliminar una barrera que afecta indebidamente el proceso de libre concurrencia y competencia;*
- c) La determinación sobre la existencia de insumos esenciales y lineamientos para regular, según sea el caso, las modalidades de acceso, precios o tarifas, condiciones técnicas y calidad, así como el calendario de aplicación, o***
- d) La desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones del Agente Económico involucrado, en las proporciones necesarias para eliminar los efectos anticompetitivos, procederá cuando otras medidas correctivas no son suficientes para solucionar el problema de competencia identificado.*

(...)

*En todos los casos, la Comisión deberá verificar **que las medidas propuestas generarán incrementos en eficiencia en los mercados**, por lo que no se impondrán éstas cuando el Agente Económico con interés jurídico en el procedimiento demuestre, en su oportunidad, que las barreras a la competencia y los insumos esenciales generan **ganancias en eficiencia e inciden favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia superando sus posibles efectos anticompetitivos, y resultan en una mejora del bienestar del consumidor**. Entre las ganancias en eficiencia se podrán contemplar las que sean resultado de la innovación en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios.*

(Énfasis añadido.)

- 93. Se puede hacer una serie de comentarios al artículo transcrito, pero la crítica central es que, como el diverso 60, crea un régimen de incertidumbre para los agentes económicos, en tanto que, para aplicar la doctrina de insumos mediante la imposición de medidas de conducta, no exige la comisión de práctica ilegal alguna.
- 94. Como puede desprenderse del primer párrafo del artículo 94, hay dos requisitos que la Comisión debe acreditar para iniciar un procedimiento especial: la presencia de elementos que supongan la inexistencia de condiciones de competencia efectiva en el mercado, y que las barreras a la competencia o el esquema de insumos esenciales en dicho mercado tienen efectos anticompetitivos, lo que únicamente puede entenderse como que redundan en perjuicio del consumidor. En relación con el primer requisito, la

resolución sobre condiciones de competencia efectiva, resulta aplicable el análisis de poder sustancial en el mercado que detalla el artículo 59 de la LFCE:

Artículo 59. *Para determinar si uno o varios Agentes Económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras Leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos:*

- I. Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.*
- II. Para determinar la participación de mercado, la Comisión podrá tener en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva, así como cualquier otro factor que considere pertinente;*
- III. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;*
- IV. La existencia y poder de sus competidores;*
- V. Las posibilidades de acceso del o de los Agentes Económicos y sus competidores a fuentes de insumos;*
- VI. El comportamiento reciente del o los Agentes Económicos que participan en dicho mercado, y*
- VII. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.*

Como puede verse, para determinar si en un mercado imperan o no condiciones de competencia efectiva deben atenderse los mismos parámetros de análisis que se utilizarían para la determinación de poder sustancial de mercado. De lo que puede colegirse que sondear un mercado con la finalidad de concluir si existen condiciones de competencia efectiva equivale a determinar si existen en él agentes económicos que detentan poder sustancial de mercado, simple y llanamente. Este requisito ya lo exige el artículo 60, que enlista las características que deben acreditarse para dotar de la calidad de esencial a un insumo determinado, lo que está en línea con la jurisprudencia extranjera.

95. La legislación mexicana también acepta que los agentes económicos argumenten la existencia de ganancias en eficiencia que incidan *favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia superando sus posibles efectos anticompetitivos, y resultan en una mejora del bienestar del consumidor*. En este aspecto, el artículo 94 coincide con el derecho de competencia de la Unión Europea: tanto las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su

aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes⁶⁶ como la jurisprudencia⁶⁷ han establecido que el control exclusivo de un insumo esencial puede admitir una justificación objetiva.

96. Así pues, el gran ausente del estándar mexicano es la presencia de una conducta ilegal, práctica indebida, intento de monopolización, práctica monopólica o conducta exclusionaria. Como sea que se le denomine, la pieza faltante del estándar que plantea la LFCE es el complemento que, para fincar responsabilidad, toda otra versión de la doctrina de insumos esenciales requiere además del poder sustancial de mercado: que no solo se detente, sino que se abuse de él, se utilice para desplazar a la competencia indebidamente, mediante su exclusión de un insumo que resulta indispensable para participar en el mercado relevante. Las autoridades de competencia de Estados Unidos y la Unión Europea así lo han determinado reiteradamente.
97. La necesidad de que se configure una práctica ilegal deja a salvo el bien jurídico más importante para el derecho de competencia: la competencia por los méritos. Mientras que un agente económico, aun el que tenga una posición dominante o que detente poder de mercado, no enderece prácticas que se apartan de una competencia leal, entonces no tiene por qué verse sujeto a la imposición de medidas de conducta, a una restricción de su libertad y su derecho de propiedad. Esa certidumbre jurídica es lo que mantiene los incentivos para la inversión y la innovación en el mercado, componentes esenciales para el desarrollo económico de cualquier industria y, por consiguiente, del país. No es deseable articular una doctrina de insumos esenciales que castigue a los agentes económicos por desplegar estrategias de negocios exitosas y crecer como resultado, ya que ello corre directamente contrario a los objetivos de la nueva ley. Perrot y Komninos cifran este problema en su comentario a la iniciativa de ley, al señalar que “el cambio a la legislación que se prevé, está asociado al riesgo de crear ‘falsos positivos’, esto es, la probabilidad de que conductas pro-competitivas sean castigadas. Esto, a su vez, podría conducir a la perversión de los incentivos que hay para las empresas. Si se tiene la finalidad de que se invierta adecuadamente en investigación y desarrollo, nuevos proyectos y herramientas de producción, todos ellos ingredientes de la competencia por los méritos, las empresas deber ser provistas de seguridad jurídica en el marco legal en el que operan. La certidumbre jurídica en relación con la evaluación de conductas anticompetitivas es una parte crucial de este ambiente y las autoridades reguladoras debieren únicamente

⁶⁶ Comunicación de la Comisión, “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” (Texto pertinente a efectos del EEE), 24 de febrero de 2009, C 45/12, 28. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES)

⁶⁷ Sealink/B&I, Holyhead, medidas precautorias; Rodby, IMS Health GmbH & Co. OHG vs. NDC Health GmbH & Co. KG; Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd.

fundamentar sus intervenciones en métodos y conceptos que dejen poco espacio a interpretaciones vagas.”⁶⁸

98. En suma, la ausencia de una práctica ilegal del estándar del artículo 60 se ve acentuada por la forma en que están estructurados los procedimientos especiales del artículo 94. Como se explicó más arriba, el hecho de que esta disposición tampoco exija que deba enderezarse una conducta monopólica para iniciar el procedimiento, contribuye aún más a la desnaturalización de la doctrina de insumos esenciales. Ya que así dispuesto, el estándar abona a la noción de que los agentes económicos pueden ser castigados aun cuando se están ciñendo a una competencia por los méritos.

⁶⁸ Perrot y Komninos, *op. cit.*, p. 12.

Propuesta de modificación al estándar de procedencia de la Ley Federal de Competencia Económica

99. Como respuesta a las discrepancias identificadas entre el estándar de procedencia de la doctrina de insumos esenciales mexicana y sus antecesores en Estados Unidos y la Unión Europea (véanse los puntos 2, 3, 4, 215, 222-230, 232, 235-237), a continuación se proponen ciertas modificaciones a la Ley Federal de Competencia Económica, en concreto a los numerales 60 y 94, de modo que se alinee el estándar mexicano con las mejores prácticas internacionales, y se profundice la contribución que la doctrina puede hacer al proceso de competencia y libre concurrencia.
100. Primero, es menester subsanar la omisión central de la versión mexicana de la doctrina, de la que adolece el artículo 60 de la LFCE: debe integrarse un elemento o criterio en el estándar de procedencia que exija la comisión de una práctica indebida para la aplicación de medidas individualizadas. Este requisito es crucial para proteger a los agentes económicos que se adhieren a una competencia por los méritos. No tiene justificación jurídica alguna limitar los derechos humanos de quienes se ciñen a una competencia legal. Así que se propone añadir una fracción adicional al numeral 60, que consagre este elemento.
101. Modificaciones al artículo 60 de la LFCE.

DICE	DEBE DECIR
<p>Artículo 60. Para determinar la existencia de insumo esencial, la Comisión deberá considerar:</p> <p>I. Si el insumo es controlado por uno, o varios Agentes Económicos con poder sustancial o que hayan sido determinados como preponderantes por el Instituto Federal de Telecomunicaciones;</p> <p>II. Si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro Agente Económico;</p> <p>III. Si el insumo resulta indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos;</p> <p>IV. Las circunstancias bajo las cuales el Agente Económico llegó a controlar el insumo, y</p> <p>V. Los demás criterios que, en su caso, se establezcan en las Disposiciones Regulatorias.</p>	<p>Artículo 60. Para determinar la existencia de insumo esencial, la Comisión deberá considerar:</p> <p>I. Si el insumo es controlado por uno, o varios Agentes Económicos con poder sustancial o que hayan sido determinados como preponderantes por el Instituto Federal de Telecomunicaciones;</p> <p>II. Si él o los Agentes Económicos con poder sustancial o que hayan sido determinados como preponderantes por el Instituto Federal de Telecomunicaciones han denegado o restringido el acceso al insumo esencial o lo han otorgado, pero en condiciones o términos discriminatorios;</p> <p>III. Si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro Agente Económico;</p> <p>IV. Si el insumo resulta indispensable</p>

	<p><i>para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos;</i></p> <p><i>V. Las circunstancias bajo las cuales el Agente Económico llegó a controlar el insumo, y</i></p> <p><i>VI. Los demás criterios que, en su caso, se establezcan en las Disposiciones Regulatorias.</i></p>
--	--

102. Como complemento de la modificación que se propuso al artículo 60, resulta necesario hacer lo propio con el 94: el precepto que regula el procedimiento especial para determinar la existencia de insumos esenciales. Aunque el artículo 60 es la disposición que contiene el estándar de procedencia, es el diverso 94 el que establece el procedimiento que se ha de substanciar para hacer la determinación conducente, por lo que en su propio texto ya se han incluido salvaguardas que impiden a la autoridad iniciarlo arbitrariamente. Entonces, se considera que se aportaría aún mayor seguridad jurídica a los agentes económicos si en la cabecera de la disposición en comento se reitera la necesidad de verificar una conducta divergente a la competencia por los méritos como presupuesto para iniciar una investigación *ex ante*.

103. Modificaciones al artículo 94 de la LFCE.

DICE	DEBE DECIR
<p>Artículo 94. <i>La Comisión iniciará de oficio o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría, el procedimiento de investigación cuando existan elementos que hagan suponer que no existen condiciones de competencia efectiva en un mercado y con el fin de determinar la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia o insumos esenciales que puedan generar efectos anticompetitivos, mismo que se realizará conforme a lo siguiente:</i></p> <p>(...)</p>	<p>Artículo 94. <i>La Comisión iniciará de oficio o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría, el procedimiento de investigación cuando existan elementos que hagan suponer que no existen condiciones de competencia efectiva en un mercado, se haya acreditado la comisión de una práctica exclusionaria indebida por parte de él o los Agentes Económicos con poder sustancial de mercado o declarados como preponderantes por el Instituto Federal de Telecomunicaciones, y con el fin de determinar la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia o insumos esenciales que puedan generar efectos anticompetitivos, mismo que se realizará conforme a lo siguiente:</i></p> <p>(...)</p>

104. Las anteriores enmiendas pueden contribuir a que en la aplicación de la doctrina de insumos esenciales se proteja en mayor medida el derecho de propiedad de los particulares, y se sienta un límite claro y justificable a su acotamiento en nombre del derecho a gozar del proceso de competencia y libre concurrencia. De este modo se vuelve a acercar la versión mexicana de la doctrina a los modelos con base en los cuales se legisló: Estados Unidos y la Unión Europea.

Algunas conclusiones

105. La aplicación de la doctrina de insumos esenciales implica una colisión entre dos derechos humanos: el derecho de propiedad, particularmente el derecho accesorio de rehusarse a negociar con la competencia, y el derecho a gozar del proceso de competencia y libre concurrencia, ambos derechos están consagrados en la Constitución. Ni uno ni el otro son derechos absolutos, esquema que, como se discutió en el apartado correspondiente, generaría externalidades negativas y una asignación de los recursos poco eficiente. Por lo que resulta indispensable contar con un estándar riguroso que ayude a determinar cuál de los derechos debe prevalecer cuando se enfrenten. Este estándar debe siempre mantener a salvo la competencia por los méritos, es decir, siempre que se enderece una competencia fundada en el esfuerzo, la innovación, la inversión y la agudeza empresarial debe quedar a salvo el derecho a negociar con quien se elija.

106. Las doctrinas de Estados Unidos y posteriormente de la Unión Europea reconocen el “coto vedado” que se extiende alrededor de la competencia por los méritos, de modo que sus estándares de procedencia invariablemente exigen al agente económico con poder sustancial haber incurrido en un intento de monopolización del mercado o en una práctica indebida. Las autoridades competentes mexicanas deben integrar este aspecto de la figura al derecho positivo si es que quieren mantenerse los incentivos para la inversión y la innovación en los mercados.

107. La integración de la doctrina de insumos esenciales al derecho mexicano parece haber sido hecha de manera selectiva por el Ejecutivo Federal y posteriormente por el Congreso. Es decir, al menos en un caso se dejó fuera uno de sus componentes esenciales. La omisión central a la que se alude queda reflejada en el artículo 60 de la LFCE. Se trata de las prácticas o conductas exclusionarias ilegales que en toda otra jurisdicción deben realizarse para justificar la aplicación de la doctrina. Subsana esta omisión puede ayudar a la construcción de una doctrina de insumos esenciales controlada que sirva como herramienta para equilibrar el campo de juego en diversos mercados y, por ende, fortalecer el proceso de competencia.

108. En conformidad con estas ideas, debe añadirse un elemento más al estándar de procedencia consagrado en el artículo 60: la necesidad de que el agente económico con poder sustancial de mercado o declarado como preponderante por el Instituto Federal de Telecomunicaciones incurra en conductas indebidas de exclusión que se aparten de la competencia por los méritos. Solamente respetando este principio de imputación se protegen los incentivos para que las empresas continúen participando e invirtiendo en el mercado.
109. Son muy escasas en el mundo las agencias de competencia que utilizan las investigaciones *ex ante*, con la posibilidad de imponer medidas de conducta individualmente determinadas, para reparar o fortalecer el proceso de competencia en el mercado. Y aun estas, entre las que destaca el regulador del Reino Unido, utilizan los estudios de mercado con finalidades distintas a aquellas que enarbola la LFCE: su objetivo no es el de determinar la existencia de insumos esenciales y “barreras a la competencia”, sino observar si el proceso de competencia dentro del mercado analizado funciona de manera apropiada o puede ser mejorado. No se buscan establecer reglas generales ni imponer obligaciones a empresas particulares. En esta medida, no exigen la comisión de una práctica indebida para iniciarse. Por consiguiente, si en México quiere utilizarse esta herramienta para este propósito *sui generis*, entonces debe adecuarse a los principios de la doctrina de insumos esenciales e integrarlo el distanciamiento de la competencia por los méritos como requisito para su iniciación.
110. Un régimen de procedimientos especiales como el de la LFCE que no contemple la necesidad de que los jugadores con poder sustancial se aparten de la competencia por los méritos para determinar la existencia de insumos esenciales, contribuye a la desnaturalización de la doctrina. Efectivamente, abona a la omisión del artículo 60 y sustrae de ella un elemento esencial que limita su aplicación en observancia de los derechos humanos de los agentes económicos.
111. En vista de lo argumentado en el presente trabajo, es altamente recomendable que los recién formados reguladores de competencia, Comisión Federal de Competencia Económica e Instituto Federal de Telecomunicaciones, con independencia de las inusualmente amplias facultades que la Constitución y la ley les confiere para determinar insumos esenciales, apliquen una doctrina de insumos esenciales conservadora y cercana a los modelos europeo y estadounidense. Ello quiere decir que, aunque el estándar de procedencia de la doctrina no exija la comisión de una práctica ilegal, las autoridades se limiten a aplicar la doctrina cuando se hayan verificado en el mercado conductas de agentes económicos que se apartan de la **competencia por los méritos**. Éste es el bien jurídico preeminentemente tutelado por el derecho de competencia, y cualquier herramienta que tienda a restablecer el proceso de competencia y libre concurrencia, tiene que apuntar a protegerlo. Un acercamiento a la doctrina de insumos congruente con este valor,

puede contribuir a que el regulador soslaye incurrir en falsos positivos, esto es, impedir o restringir conductas que incrementen el bienestar de los consumidores o la eficiencia del mercado o, al menos, que no dañan el proceso de competencia.

Bibliografía

Libros

Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica*, 2ª edición: Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política 30, dirigida por Ernesto Garzón Valdés (U. de Maguncia, Alemania) y Rodolfo Vázquez (ITAM, México), México, Distribuciones Fontamara, 2002.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de E. Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Hayek, Friedrich. “Los orígenes de la libertad, la propiedad y la justicia”, en *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*, Madrid, Unión Editorial, 1988.

Hoppe, Hans-Herman. *Economía y ética de la propiedad privada*, Londres, Innisfree, 2013.

Locke, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen alcance y fin del gobierno civil. 1690*, Madrid, Alianza Editorial, 2014.

Mises, Ludwig von. *Burocracia*, 2ª edición, Madrid, Unión Editorial, 2005.

Pipes, Richard. *Propiedad y libertad*, Madrid, Turner, 2002.

Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*, 6ª edición, Nueva York, Aspen Publishers, 2003.

Artículos académicos

Cave, Martin; Crowther, Peter. *Competition Law Approaches to Regulating Access to Utilities: The Essential Facilities Doctrine*, en *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, año Milán, Interconnection Pricing Workshop, año 103, núm.1 (enero 7-8, 1995) (enero-marzo 1995).

Coase, R.H. *The Problem of Social Cost*, en *The Journal of Law and Economics*, Illinois, The University of Chicago Press Journals, vol. 3, núm. 1 (1960).

Epstein, Richard A. *Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase*, en *The Journal of Law and Economics*, Illinois, The University of Chicago Press Journals, vol. 36, núm. 1 (1993).

Fancy, Bryan A.; Assaf, Dany H. *Monopolization and Abuse of Dominance in Canada, The United States, and The European Union: a Survey*, en *Antitrust Law Journal*, Washington, DC, American Bar Association, vol. 70, núm. 2 (2002).

Ferrajoli, Luigi. *La esfera de lo indecible y la división de poderes*, Fórum Universal de las Culturas, Monterrey, México, 31 de octubre de 2007.

Hatzopoulos, Vassilis. *The EU Essential Facilities Doctrine*, Universidad de Michigan, 2006.

Hovenkamp, Herbert. *Exclusion and the Sherman Act*, en *The University of Chicago Law Review*, Illinois, The University of Chicago Press Journals, vol. 72, núm. 1 (2005).

Lipsky, Abbot B; Sidak, J. Gregory. *Essential Facilities*, en *Stanford Law Review*, Palo Alto, Ca., Stanford University Press, vol. 51, núm. 5 (1999).

Massadeh, Ali A. *The Essential Facilities Doctrine under Scrutiny*, en *Law Working Paper*, Norwich, Norfolk, University of East Anglia, 11 de enero, 2011.

Mena Labarthe, Carlos. *Barreras a la competencia y libre concurrencia e insumos esenciales*, enero de 2014.

Messe, Alan J. *Property, Aspen and Refusals to Deal*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 73, núm. 1 (2005).

Perrot, Anne; Komninos, Assimakis. *Mexico's Proposed Reform of Competition Law. A Critique from Europe*, en *CPI Journal*, 3 de marzo de 2014.

Pitofsky, Robert; Patterson, Donna; y Hooks, Jonathan. *The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law*, en *Antitrust Law Journal*, Washington, DC, American Bar Association, vol. 70, núm. 3 (2003).

Weber Waller, Spencer y Tasch, William, *Harmonizing Essential Facilities*, en *Antitrust Law Journal*, Washington, DC, American Bar Association, vol. 76, núm. 3 (2010); Loyola University Chicago School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series núm. 2009-006.

Ordenamientos jurídicos

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal de Competencia Económica.

Ley Sherman Antitrust de Estados Unidos de Norteamérica.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Jurisprudencia

United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis (1912) 224 U.S.

United States v. Grinnell Corp. 384 U.S. 563 (1966).

Hecht v. Pro-Football, Inc., 312 F. Supp. 472 (D.D.C. 1970).

Communications Corporation and MCI Telecommunications Corporation v. American Telephone and Telegraph Company, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), cert. denied, 104 S. Ct. 234 (1983).

Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985).

Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. ____ (2003).

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974. Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asuntos acumulados 6 y 7-73. ECLI: EU: C: 1974:18.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978. United Brands Company y United Brands Continental BV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asuntos acumulados. Asuntos 27/76. Recopilación de Jurisprudencia 1978 -00207. ECLI: EU: C: 1978:22.

Decisión de la Comisión de 11 de junio de 1992, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 86 del Tratado CE (IV/34.174 – Sealink C/B&I – medidas provisionales).

94/19/CE: Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1993, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 86 del Tratado CE (IV/34.689 - Sea Containers c/Stena Sealink - medidas provisionales).

94/119/CE: Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1993, relativa a una denegación de acceso a las instalaciones del puerto de Rødby (Dinamarca) - DO L 55 de 26.2.1994.

Sentencia del Tribunal del 6 de julio de 1995. Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia – abuso de una posición dominante – propiedad intelectual. Asuntos

acumulados C-241/91 P y C-242/91 P. Recopilación de Jurisprudencia 1995 I-00743. ECLI: EU: C: 1995:98.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 1998. Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG y Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG. Petición de decisión prejudicial: Oberlandesgericht Wien - Austria. Artículo 86 del Tratado CE - Abuso de posición dominante - Negativa de una empresa periodística que ocupa una posición dominante en el territorio de un Estado miembro a incluir la distribución de un diario competidor perteneciente a otra empresa del mismo Estado miembro en su propio sistema de reparto de periódicos a domicilio. Asunto C-7/97. Recopilación de Jurisprudencia 1998 I-07791. ECLI: EU: C: 1998:569.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 29 de abril de 2004. IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG. Petición de decisión prejudicial: Landgericht Frankfurt am Main - Alemania. Competencia - Artículo 82CE - Abuso de posición dominante - Estructura de segmentos utilizada para el suministro de datos sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos en un Estado miembro - Derecho de autor - Negativa a conceder una licencia de utilización. Asunto C-418/01. *Recopilación de Jurisprudencia 2004 I-05039*. ECLI: EU: C: 2004:257.

Decisión de la Comisión Europea de 21 de mayo de 2003, correspondiente al caso COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG, relativa a una práctica de fijación injusta de precios contraria al artículo 82(a) del Tratado (ahora 102).

Lineamientos

Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act, U.S. Department of Justice, 2008.

Comisión Europea, Comunicación de la Comisión “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” (texto pertinente a efectos del EEE), (2009/C 45/02).

UK Competition Commission, CC3 (Revised) *Guidelines for Market Investigations: Their Role, Procedures, Assessment and Remedies*, abril de 2013.

Reportes

OCDE. *What is Competition on the Merits?* en *OECD Policy Brief*, junio de 2006.

Publicaciones en gacetas parlamentarias y diarios de debates

Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, año XVI, núm. 3726-II, anexo II, “Iniciativas del titular del Poder Ejecutivo con proyecto de decreto, que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones”.

Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, año XVII, núm. 3966, anexo III, “Iniciativas del titular del Ejecutivo federal, con proyecto de decreto que expide la Ley Federal de Competencia Económica, y reforma el artículo 254 Bis del Código Penal Federal”.

Poder Legislativo Federal, Cámara de Diputados, LXII Legislatura, *Diario de los Debates*, correspondiente al Segundo Periodo de Sesiones Ordinarias del Primer Año de Ejercicio, año I, México DF, martes 12 de marzo de 2013, Sesión núm. 13; jueves 14 de marzo de 2013, Sesión núm. 14; jueves 21 de marzo de 2013, Sesión núm. 17.

Poder Legislativo Federal, Cámara de Senadores, LXII Legislatura, *Diario de los Debates*, Segundo Periodo Ordinario, año I, México DF, martes 2 de abril de 2013, Sesión núm. 18; viernes 19 de abril, Sesión núm. 27 y jueves 25 de abril, Sesión núm. 30.

Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, año XVII, núm. 3988-II, anexo II, “Dictamen a discusión de la Comisión de Economía, con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Competencia Económica y se reforma el artículo 254 Bis del Código Penal Federal”.