



FORO
JURÍDICO

REVISTA DE DERECHO

Editada por estudiantes
de la Facultad de Derecho
de la PUCP



DERECHO DE LA COMPETENCIA Y MERCADO DE REGULACIÓN





FORO JURÍDICO

Revista de Derecho

Editada por estudiantes
de la Facultad de Derecho
de la PUCP



Revista Foro Jurídico

Año XV - N° 17 - Diciembre 2018

Primera edición, Lima, Diciembre de 2018

Revista editada en: Lima - Perú

Copyright © 2018. Foro Académico Asociación Civil

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2004-1267

ISSN: 2414-1720 (impreso)

ISSN: 2520-9922 (en línea)

Carátula diseñada por: INDUSTRIA GRÁFICA PEÑA S.A.C.

Diagramación hecha por: INDUSTRIA GRÁFICA PEÑA S.A.C.

Revista elaborada y editada por la Asociación Civil Foro Académico

Oficina de Foro Académico ubicada en: Av. Universitaria N° 1801 San Miguel - Segundo Piso de la Facultad de Derecho

Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)

Teléfono: 626-2000, Anexo 5666

Correo electrónico: publicaciones@foroacademico.pe

Dirección electrónica: <http://www.foroacademico.pe> / <http://www.parthenon.pe>

Director de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico:

Carlos Ignacio Valencia Mesías - Editor Jefe

Jirón Centro Escolar N° 405

Cercado de Lima – Lima

Revista impresa el 22 de diciembre de 2018

INDUSTRIA GRÁFICA PEÑA S.A.C.

Jirón Pastaza N° 129 - Breña, Lima - Perú

industriagrapena@gmail.com

Tiraje: 100 ejemplares

Dirección Postal: Para el envío de artículos, solicitudes de suscripciones, canjes, informes, entre otros, escribir a: publicaciones@foroacademico.pe

El contenido de los artículos publicados en la revista Foro Jurídico, así como las opiniones y posturas plasmadas en ellos, son de responsabilidad única y exclusiva de los autores.



Foro Jurídico es una Revista de Derecho de periodicidad anual, editada y publicada, tanto en formato impreso como electrónico, por parte de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico, asociación conformada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). La revista se fundó en 2001 y cuenta con más de quince (15) años difundiendo periódicamente el conocimiento jurídico de las distintas ramas del Derecho.

El contenido de la revista Foro Jurídico es pluritemático, siendo las áreas del Derecho predominantes en la misma son: Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Laboral, Derecho Tributario y Derecho Internacional; sin embargo, en nuestras últimas ediciones se fueron desarrollando conceptos tales como publicar artículos de distintas disciplinas jurídicas enfocadas a un mismo eje temático, el cual varía con cada publicación anual que se realiza.

Foro Jurídico es una herramienta que permite al operador jurídico (abogado profesional, estudiante de Derecho y público académico en general) ampliar sus conocimientos a través de sus artículos, escritos por reconocidos profesores y abogados tanto a nivel nacional como internacional. De la misma manera, busca difundir estudios realizados en áreas no tan abordadas o poco comunes con la finalidad de generar mayor interés e investigación en las mismas.

La revista Foro Jurídico se encuentra disponible y se puede consultar en el Repositorio digital de la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



FORO
ACADÉMICO

ASOCIACIÓN CIVIL

Por último, en la sección de **Cátedra**, Yamile Margot Cárdenas Del Río aborda la figura jurídica conocida como Memorandum of Understanding o MOU, cuyo estudio ha adquirido una relevancia progresiva en el ámbito del Derecho comparado. De esta manera, la autora busca responder a diversas interrogantes de índole teórico y práctico vinculadas al MOU. Por ejemplo, si existe en el ordenamiento jurídico peruano alguna otra figura que posea características o efectos similares; o si, en términos económicos resulta eficiente celebrar este tipo de acuerdos.

Por su parte, M^a del Pilar Bensusan Martín analiza los principales aspectos de la polémica técnica de la facturación hidráulica o fracking en el Derecho español. Con tal finalidad, la autora comenta sobre los impactos medioambientales y sociales del fracking, su actual marco regulatorio, la posición de la Unión Europea (UE) respecto a la misma y, finalmente, el estado de la cuestión de dicha figura en el Perú. Todo lo anterior, culminando con una notable propuesta por parte de la autora referida a la implementación del fracking de manera conjunta con la normativa de protección del medio ambiente establecida por las Comunidades Autónomas de España.

Finalmente, Gadwyn Sánchez Yaringaño desarrolla las principales innovaciones que ha presentado el mecanismo de la nulidad de oficio de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. De este modo, el autor reflexiona sobre el rol de fortalecimiento que cumple la nulidad de oficio, especialmente respecto de la protección del principio de legalidad en el ámbito administrativo, aun en desmedro de la seguridad jurídica de los administrados, sin que medien criterios objetivos que justifiquen las modificaciones realizadas a dicho mecanismo.

No queremos terminar la presentación del contenido de nuestra revista sin agradecer a usted, estimado lector, por elegir y preferir Foro Jurídico. El presente número es, como siempre, el resultado del constante y esmerado esfuerzo, compromiso, responsabilidad y pasión que los asociados de Foro Académico desempeñan, teniendo como consigna esencial el difundir el Derecho a toda la comunidad jurídica.

Ello, siempre desde una visión crítica, reflexiva y pragmática que sirva como instrumento de cambio positivo no solo a nivel académico o investigativo, sino también y, sobre todo, de mejora continua para nuestra sociedad en la práctica.

Por todas las consideraciones expuestas, esperamos cordial y sinceramente que la presente edición de Foro Jurídico sea de su mayor agrado.

Comisión de Publicaciones
Asociación Civil Foro Académico



El papel de las autoridades en materia de competencia frente a la regulación de insumos esenciales en mercados regulados: el caso del Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México y del Sistema Ferroviario Mexicano

The role of antitrust authorities in the regulation of essential facilities in regulated markets: the case of Mexico City's International Airport and the Mexican Railway System

“La aplicación de la legislación en materia de competencia económica en sectores regulados representa un riesgo en cuanto a la conciliación de las facultades de dos o más autoridades con objetivos que no siempre se encuentran alineados: las de los reguladores sectoriales y las de las propias autoridades de competencia”.

Luis Gerardo García Santos Coy* y Jorge Kargl Pavía**

138

Resumen: Este artículo versa, entre otros aspectos, sobre las doctrinas de “inmunidad implícita” y “jurisdicción primaria” en EE.UU., las cuales limitan las facultades de las autoridades de competencia en sectores regulados, favoreciendo la especialidad técnica del regulador sectorial. La doctrina constitucional del “Estado Regulador” en México también favorece a la agencia reguladora con mayores conocimientos técnicos.

Tanto en EE.UU. como en la Unión Europea, las normas aplicables a los insumos esenciales únicamente resultan aplicables a aquellos casos en que un monopolista controla un insumo esencial “aguas arriba” y ejerce su poder de mercado para

* Socio que encabeza la práctica de Competencia Económica de Creel, García-Cuellar, Aiza y Enríquez S.C. en la Ciudad de México. Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana. Una encuesta publicada por Global Competition Review ‘40 under 40: the world’s brightest young antitrust lawyers and economists’ lo citó como uno de los abogados jóvenes más brillantes en materia de competencia. Reconocido por The International Who’s Who of Competition Lawyers desde el año 2005 y por Chambers & Partners y Legal 500 como un experto en las áreas de Competencia Económica, M&A y Derecho Corporativo. Listado como un líder en materia de competencia económica por Practical Law Company, Best Lawyers y Expert Guides. Correo electrónico: Luis.Garcia@creel.mx.

** Asociado senior de la práctica de Competencia Económica de Creel, García-Cuellar, Aiza y Enríquez S.C. en la Ciudad de México. Licenciado en Derecho con mención honorífica por la Facultad Libre de Derecho de Monterrey. Cuenta con una maestría en Derecho por la Universidad Anáhuac y en Derecho de las Tecnologías de la Información y Comunicación por el Fondo de Información y Documentación para la Industria (INFOTEC) en la Ciudad de México. Reconocido como experto en materia de Competencia Económica y Telecomunicaciones por diversas publicaciones, incluyendo Who’s Who Legal, Chambers & Partners, Legal 500, Global Competition Review y Euromoney. Correo electrónico: Jorge.Kargl@creel.mx.

desplazar a sus competidores en el mercado “aguas abajo”. Esta aproximación sirvió de base para las discusiones que derivaron en el texto de la Ley Federal de Competencia Económica en México.

La Controversia Constitucional 301/2017 bajo estudio por la Suprema Corte de Justicia de México versa sobre las facultades y límites de la Comisión Federal de Competencia Económica de México y de la Dirección General de Aeronáutica Civil de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes Federal en materia de regulación de horarios de aterrizaje y despegue en el Aeropuerto de la Ciudad de México y constituye el primer caso de colisión de las facultades entre la Comisión Federal de Competencia y un regulador sectorial en México.

Abstract: *This article deals with the doctrines of “implied immunity” and “primary jurisdiction” in the US, which limit the powers of antitrust authorities in regulated sectors, favoring the sector regulator’s technical expertise. The Mexican constitutional doctrine of the “Regulator State” also favors the regulatory agency with most technical knowledge.*

Both in the US and in the European Union, the legal framework applicable to essential facilities is only applicable in those cases in which a monopoly controls an input in the upstream market and exerts its market power to displace competitors in the downstream market. This approach served as a basis for the discussions which were translated into the Mexican Economic Competition Law.

The Constitutional Controversy 301/2017 currently under review by the Mexican Supreme Court is related to the powers and limitations of the Mexican Federal Economic Competition Commission and the General Direction of Civil Aviation of the Mexican Ministry of Communications and Transportation with respect to the regulation of landing and takeoff timeslots in Mexico City’s International Airport, and represents the first case in which the powers of Competition Commission and a sector regulator clash in Mexico.

Palabras clave: slots, insumos esenciales, mercados regulados, Competencia Económica.

Keywords: slots, essential facilities, regulated markets, Economic Competition Antitrust.

Sumario: Introducción. 1. La Controversia Constitucional 301/2017. 2. Las doctrinas de “Inmunidad Implícita” y “Jurisdicción Primaria” en EE.UU. y su semejanza con el “Estado Regulador” en México; A. Doctrina de “inmunidad implícita”; B. Doctrina de “jurisdicción primaria”; C. Similitud de las doctrinas de “inmunidad implícita” y “jurisdicción primaria” en EE.UU. y en el marco legal mexicano; D. El “Estado Regulador” mexicano. 3. El nuevo régimen normativo mexicano en materia de servicios ferroviarios y los límites y alcances de las facultades de la COFECE; I. La creación de la Agencia Reguladora del Transporte Ferroviario (“ARTF”) como un órgano desconcentrado de SCT; II. Mantener el registro de las tarifas cobradas para cada flete, servicio o cualquier cargo que realicen los concesionarios del sector como otra de las funciones de la ARTF; III. Atender la preocupación por mejor conectividad haciendo obligatoria la interconexión por parte de los concesionarios como objetivo de la reforma. 4. La doctrina de insumos esenciales en EE.UU. y en la Unión Europea y su semejanza con la *ratio* de las facultades de COFECE en México; A. La doctrina de “*Essential Facilities*” en EE.UU.; a) *United States v. Terminal Railroad Association*; b) *Hecht v. Pro-Football, Inc. And MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co.*; c) *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*; d) *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*; e) Conclusiones sobre los insumos esenciales en EE.UU.; B. La doctrina de “*Essential Facilities*” en la Unión Europea; a) *Commercial Solvents*; b) Puerto de Rødby (*Port of Rødby*); c) *H. Sea Containers v. Stena Sealink Line*; d) *Oscar Bronner GmbH & Co. KG*; C. Análisis de la figura de insumos esenciales en México de acuerdo con la Exposición de Motivos de la LFCE del Ejecutivo Federal y el dictamen de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados; a) Exposición de Motivos del Ejecutivo Federal; b) Dictamen de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados; c) Conclusiones. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

La aplicación de la legislación en materia de competencia económica en sectores regulados representa un riesgo en cuanto a la conciliación de las facultades de dos o más autoridades con objetivos que no siempre se encuentran alineados: las de los reguladores sectoriales y las de las propias autoridades de competencia. Por lo general, las autoridades de competencia perseguirán fomentar y generar condiciones de competencia y libre concurrencia en los mercados, mientras que los reguladores sectoriales -generalmente en forma de agencias gubernamentales con especialización técnica-, buscarán el desarrollo del sector correspondiente.

Ejemplo de ello es la regulación aeronáutica que, analizada únicamente desde una perspectiva de competencia económica, apuntaría a la eliminación

de barreras *artificiales* para que el mayor número de oferentes se encuentre en condiciones de ofrecer servicios aeronáuticos en aras de generar una mayor oferta que beneficie a los consumidores. Claramente, tal análisis resultaría sesgado y omitiría considerar aspectos tales como cuestiones técnicas, políticas públicas, compromisos internacionales, seguridad nacional, seguridad de los pasajeros, entre otros.

Este tipo de casos en los que los objetivos del Estado colisionan, han generado diversas discusiones a nivel internacional en cuanto a las facultades y límites de uno y otro tipo de autoridades, dando pie a normas y criterios tendientes a armonizar objetivos de un Estado que, a pesar de ser una unidad, en ocasiones, pueden resultar no sólo incompatibles, sino opuestos. Si bien es necesario analizar cada caso y sopesar los beneficios y perjuicios de una y otra alternativa frente a los beneficios a la colectividad y al Estado mismo, los Tribunales y los órganos legislativos en diversas

jurisdicciones se han encargado de establecer ciertos parámetros tendientes a resolver estos conflictos aparentes.

Esta circunstancia ha derivado en doctrinas como las de “inmunidad implícita” y “jurisdicción primaria” en los Estados Unidos de América (“EE.UU.”), o la doctrina del “Estado Regulador” en México, las mismas que serán materia de análisis en el presente trabajo.

En estrecha relación con lo anterior, las facultades de las autoridades en materia de competencia se han adaptado a las doctrinas referidas, incluyendo, por ejemplo, las facultades con que -en mayor o menor medida- cuentan estas autoridades respecto a la determinación y regulación de insumos esenciales, ya sea a través de regulación *ex ante*, o mediante intervención *ex post*. En ese sentido, resulta particularmente relevante la Controversia Constitucional 301/2017¹ bajo estudio por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México (la “SCJN”), la cual versa sobre las facultades y límites de la Comisión Federal de Competencia Económica de México (“COFECE”) y de la Dirección General de Aeronáutica Civil de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de México (referidas conjuntamente como “SCT”) en materia de regulación de horarios de aterrizaje y despegue (*slots*) en el Aeropuerto de la Ciudad de México.

El presente estudio también aborda el objeto de la Controversia Constitucional, y ofrece una interpretación apegada a las prácticas internacionales, tanto en lo que respecta a las doctrinas de “inmunidad implícita” y “jurisdicción primaria”, como a la forma en la que el Ejecutivo Federal y el Congreso en México concibieron la regulación en materia de insumos esenciales a la luz de las prácticas internacionales.

A fin de presentar estas cuestiones de forma clara, el presente trabajo se estructura de la siguiente forma:

- El primer apartado corresponde a una exposición de los antecedentes de la Controversia Constitucional, la cual constituye el primer caso de colisión de las facultades entre la COFECE y un regulador sectorial en México.
- El segundo apartado aborda el desarrollo de las doctrinas de “inmunidad implícita” y “jurisdicción primaria” en EE.UU., así como la doctrina del “Estado Regulador” en México, las cuales constituyen un parámetro claro respecto a la forma en que deben armonizarse las facultades en materia de competencia y de regulación sectorial.
- El tercer apartado describe el marco jurídico aplicable al sector ferroviario en México a raíz de sus reformas más recientes, enfatizando la forma en la que el legislador optó por una distribución de facultades entre el regulador sectorial y la COFECE, favoreciendo al regulador sectorial.
- Por último, el cuarto apartado aborda el concepto de insumos esenciales en el Derecho norteamericano y europeo, y la forma en la que tanto el Ejecutivo Federal y el legislador en México lo plasmaron en el texto de la Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”) en línea con las posturas adoptadas por otras jurisdicciones, limitando el ejercicio de facultades en materia de insumos esenciales con que cuentan sus respectivas autoridades en materia de competencia económica.

1 En México, una controversia constitucional es un juicio que se promueve ante la SCJN para resolver los conflictos que surjan entre poderes federales, poderes de los Estados, o entre los órdenes de gobierno federal, estatal, municipal o de la Ciudad de México, por invasión de competencias o por cualquier tipo de violación a la Constitución Federal, por parte de los órganos señalados.

1. La Controversia Constitucional 301/2017

En México, los insumos esenciales son abordados por la LFCE desde dos perspectivas: (1) la primera, como una regulación *ex post* y como mecanismo para sancionar el abuso de la posición dominante por parte de un agente económico en aquellos casos en que se niegue o restrinja el acceso a un insumo esencial o bien, incurra en un estrechamiento de márgenes en relación con un insumo esencial; y (2) la segunda, como una facultad *ex ante* en virtud de la cual el regulador puede determinar la existencia de un insumo esencial y regular el acceso al mismo.

El primer caso en el que la COFECE hizo uso de su facultad en materia de insumos esenciales desde la entrada en vigor de la LFCE en 2014, fue en el expediente IEBC-001-2015, relacionado con una investigación iniciada para determinar la existencia de insumos esenciales y, en su caso, regular el acceso a los mismos en el mercado de la provisión de los servicios de transporte aéreo que utilizan el Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México ("AICM") para sus procedimientos de aterrizaje y/o despegue.

El 26 de julio de 2017, tras más de dos años desde el inicio de la investigación, la COFECE emitió una resolución en el expediente IEBC-001-2015 (la "Resolución de Slots"), estableciendo ciertas reglas para la asignación de horarios de aterrizaje y despegue en el AICM (*slots*), incluyendo, entre otras, ciertos límites específicos para aquellos agentes económicos que tuvieran una acumulación del 35% de los *slots* dentro de cada franja horaria.

Dos meses después de que la COFECE emitió la Resolución de Slots, el 29 de septiembre de 2017, el Ejecutivo Federal y la SCT publicaron en el Diario

Oficial de la Federación ("DOF"), respectivamente, (i) el "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Reglamento de la Ley de Aeropuertos por parte del Presidente de la República" (las "Reformas al RLA"); y (ii) las "Bases Generales para la asignación de horarios de aterrizaje y despegue en aeropuertos en condiciones de saturación" (las "Bases Generales"). Tanto las Reformas al RLA, como las Bases Generales, omitieron contemplar todas las reglas emitidas por la COFECE, incluyendo las relacionadas con la acumulación de *slots* referida previamente.

Derivado de las Reformas al RLA y a las Bases Generales, la COFECE consideró que su facultad para regular el acceso a insumos esenciales sufrió una grave afectación por parte del Ejecutivo Federal y por la SCT y, en consecuencia, promovió la Controversia Constitucional en cuestión el 17 de noviembre de 2017, ante la SCJN.

De este modo, la Controversia Constitucional trata sobre la colisión entre las facultades del Ejecutivo Federal y de la SCT (como regulador sectorial) en materia aeronáutica y aeroportuaria, frente a las facultades de la COFECE para determinar la existencia de insumos esenciales y regular el acceso a los mismos, materializadas en las reglas para la asignación de *slots* que la COFECE pretende imponer al AICM mediante la Resolución de Slots.

Si bien a la fecha de elaboración del presente trabajo, la Controversia Constitucional aún no ha sido resuelta por la SCJN, el resultado -sin duda- impactará no sólo a la materia aeronáutica y aeroportuaria en México, sino que será fundamental en el entendimiento del modelo constitucional de Estado Regulador incorporado en el artículo 28º de la Constitución

mexicana².

2. Las doctrinas de “Inmunidad Implícita” y “Jurisdicción Primaria” en EE.UU. y su semejanza con el “Estado Regulador” en México

Los conflictos aparentes respecto a las facultades de las autoridades en materia de competencia y de los reguladores sectoriales no son exclusivos de México, sino que han sido abordados por los tribunales en diversas jurisdicciones. Un claro ejemplo de ello corresponde a las doctrinas de “inmunidad implícita” y “jurisdicción primaria”, establecidas por los tribunales en EE.UU. para resolver los cuestionamientos respecto a los límites de las facultades de los reguladores sectoriales con especialización técnica y las de las autoridades en materia de competencia económica.

A. Doctrina de “inmunidad implícita”

La doctrina de “inmunidad implícita” se centra en la aplicabilidad de las leyes de competencia respecto a conductas que pudiesen ser inconsistentes o interferir con la regulación de las mismas conductas por parte de otra agencia reguladora. Específicamente, la jurisprudencia en EE.UU. ha señalado que, en términos de esta doctrina, “*las leyes de competencia económica no entran en juego cuando prohíban una acción que un régimen regulatorio permite*”³. La doctrina de “inmunidad implícita” generalmente se

aplica cuando otra agencia regula la misma conducta que el Departamento de Justicia de los EE.UU. (*U.S. Department of Justice*, agencia en materia de competencia económica en ese país) intenta prohibir, pero bajo un estándar de interés público más amplio que incluye, pero no se limita a, consideraciones en materia de competencia.

A continuación, se presenta un análisis de los principales criterios sostenidos por los tribunales en EE.UU. y que establecieron esta doctrina.

- *Credit Suisse Securities LLC v. Billing*

El estándar de aplicación de la doctrina de “inmunidad implícita” en materia de competencia económica se abordó en la decisión de la Suprema Corte de EE.UU. en el año 2007, al resolver el caso *Credit Suisse Securities LLC v. Billing*⁴.

En este caso, un grupo de inversionistas presentó dos acciones colectivas en materia de competencia económica en contra de ciertos bancos de inversión. Durante la “burbuja” bursátil de finales de la década de los ‘90, estos bancos habían actuado como suscriptores, formando consorcios para llevar a cabo ofertas públicas iniciales (*Initial Public Offering*) (“IPOs”) de cientos de empresas relacionadas con tecnología.

Los inversionistas alegaron que los bancos vulneraron las leyes de competencia al coludirse

2 Artículo 28º constitucional, párrafo catorce: “El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos”.

3 *Finnegan v. Campeau Corp.*, 915 F.2d 824, 828 (2d Cir. 1990). Traducción del texto original en inglés que establece: “*antitrust laws do not come into play when they would prohibit an action that a regulatory scheme permits*”, disponible en: <<http://bit.ly/2Cahxkv>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

4 *Credit Suisse Securities LLC v. Billing*, 551 U.S. 264 (2007). El syllabus del caso se encuentra disponible en: <<http://bit.ly/2Fnc5ty>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).



para no comercializar acciones de nuevos IPOs a menos que los compradores acordaran: (1) pagar comisiones excesivamente altas; (2) comprar otros valores menos deseables (*i.e.*, ventas atadas); y (3) comprar acciones adicionales de las IPOs a precios crecientes en una práctica conocida como “escalamiento” (*laddering*).

Los inversionistas alegaron que el propósito de esta colusión era aumentar el precio de las acciones que los compradores pagaban después de las IPOs por arriba de lo que habría sido el precio en un mercado competitivo, creando una demanda artificial que derivó en un alza en las comisiones y tarifas en beneficio de los bancos.

La Corte sostuvo que la conducta en cuestión gozaba de “inmunidad implícita” respecto a las leyes de competencia, ya que el “*permitir una demanda en materia de competencia amenazaría con ocasionar un daño grave al funcionamiento eficiente de los mercados de valores*”⁵ y a las “*facultades integrales*” de la Comisión del Mercado de Valores de EE.UU. (*Securities Exchange Commission* o “SEC”) para regular las conductas en cuestión. Al considerar la existencia de “*suficiente incompatibilidad para justificar una causa de improcedencia*”⁶, la Corte en *Billing* expresó cuatro elementos “críticos”:

- (1) “*la existencia de una autoridad reguladora para supervisar las actividades en cuestión en términos de*

la ley del mercado de valores”⁷;

- (2) “*evidencia de que las entidades reguladoras ejercen sus facultades*”⁸;
- (3) “*un riesgo de que las leyes de competencia y la ley del mercado de valores produzcan guías, requisitos, obligaciones, derechos o estándares de conducta contradictorios*”⁹; y
- (4) “*si las conductas se encuentran claramente dentro de las actividades que busca regular la ley del mercado de valores*”¹⁰.

Así, la doctrina de “inmunidad implícita” establece un límite a las facultades de las autoridades en materia de competencia en aquellos casos en que el ejercicio de tales facultades “*amenazaría con ocasionar un daño grave al funcionamiento eficiente*” de las “*facultades integrales*” del regulador sectorial.

A juicio de los autores, estos elementos también se actualizan en el caso de la Controversia Constitucional: las facultades del Ejecutivo y de la SCT actualizan indiscutiblemente los elementos (1) y (4) mencionados anteriormente, ya que poseen las “*facultades regulatorias*” para “*supervisar*” el uso y asignación de *slots* en México, siendo que ambas corresponden a “*conductas que se encuadran claramente dentro de las actividades*” que regulan

5 Syllabus del caso *Credit Suisse Securities LLC v. Billing*. Traducción del texto original en inglés que establece: “*allow an antitrust lawsuit would threaten serious harm to the efficient functioning of the securities markets*”.

6 Syllabus del caso *Credit Suisse Securities LLC v. Billing*. Traducción del texto original en inglés que establece: “*a sufficient incompatibility to warrant an implication of preclusion*”.

7 Syllabus del caso *Credit Suisse Securities LLC v. Billing*. Traducción del texto original en inglés que establece: “*the existence of regulatory authority under the securities law to supervise the activities in question*”.

8 Syllabus del caso *Credit Suisse Securities LLC v. Billing*. Traducción del texto original en inglés que establece: “*evidence that the responsible regulatory entities exercise that authority*”.

9 Syllabus del caso *Credit Suisse Securities LLC v. Billing*. Traducción del texto original en inglés que establece: “*a resulting risk that the securities and antitrust laws, if both applicable, would produce conflicting guidance, requirements, duties, privileges, or standards of conduct*”.

10 Syllabus del caso *Credit Suisse Securities LLC v. Billing*. Traducción del texto original en inglés que establece: “*the possible conflict affected practices that lie squarely within an area of financial market activity that securities law seeks to regulate*”.

ambas autoridades. Los elementos (2) y (4) también se actualizan, ya que tanto el Ejecutivo como la SCT “*activa y continuamente*” regulan el uso y asignación de *slots*, lo que podría, teóricamente, entrar en conflicto con la aplicación de la LFCE por parte de COFECE. Por último, el elemento (3) requeriría examinar si la aplicación simultánea del marco regulatorio de las agencias reguladoras (Ejecutivo y SCT) y de unas facultades irrestrictas en materia de insumos esenciales por parte de la COFECE “*produciría guías, requisitos, obligaciones, derechos o estándares de conducta contradictorios*”. Claramente, este elemento también se cumple, ya que, de lo contrario, no se habría generado la Controversia Constitucional.

La interpretación propuesta por la COFECE en la Controversia Constitucional en el sentido de que su facultad para identificar insumos esenciales y regular el acceso a los mismos es materialmente irrestricta, implicaría que las determinaciones de la COFECE se encontrasen por encima de cualquier consideración técnica, de políticas públicas y de compromisos internacionales que pudiese tener el Ejecutivo y el órgano técnico especializado (en este caso, la SCT) en cualquier sector regulado. Por el contrario, una interpretación que busque resolver de forma armónica el engranaje constitucional de facultades y competencias en aras de una nueva concepción de Estado Regulador buscaría una convivencia entre autoridades, atendiendo y respetando sus

respectivas áreas de especialización, como lo hizo la Corte en los EE.UU. a través de la doctrina de “inmunidad implícita”.

B. Doctrina de “jurisdicción primaria”

La doctrina de “jurisdicción primaria” es una doctrina en la que los tribunales de EE.UU. no ejercen jurisdicción considerando la especialidad de una agencia reguladora y el objetivo de “*mantener la uniformidad de la regulación de una materia confiada a una agencia federal*”¹¹. A este respecto, la Corte para el Tercer Circuito de EE.UU. ha explicado que la doctrina de la “jurisdicción primaria” “*se basa en una renuencia por parte de los jueces de considerar determinadas conductas como violatorias de las leyes de competencia y a su vez, proteger las mismas cuando dichas conductas están sujetas a las facultades de una agencia reguladora, sin que antes se acuda a esta última*”¹², y que “*una postura judicial diferente podría provocar que la unidad del sistema normativo se rompa, más allá de una posible reparación*”¹³.

La doctrina de la “jurisdicción primaria” “*entra en juego cada vez que la ejecución del reclamo requiere la resolución de cuestiones que, según un régimen normativo, se han colocado dentro de la competencia especial de un órgano administrativo*”¹⁴. El objetivo central de la doctrina es “*asignar la responsabilidad inicial de la toma de decisiones entre las cortes y*

11 *Ellis v. Tribune Television Co.*, 443 F.3d 71, 82 (2d Cir. 2006). Traducción del texto original en inglés que establece: “*The rationale behind the doctrine includes a concern for maintaining uniformity in the regulation of an area entrusted to a federal agency*”, disponible en: <<http://bit.ly/2ESFBJV>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

12 *Laveson v. Trans World Airlines*, 471 F.2d 76, 83-84 (3d Cir. 1972). Traducción del texto original en inglés que establece: “*Rather, it rests upon a judicial reluctance to hold practices within the scope of an agency’s jurisdiction to be antitrust violations and then to act upon such holding by granting relief-damages or injunction -before prior resort to the agency*”, disponible en: <<http://bit.ly/2orwSUP>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

13 *Laveson v. Trans World Airlines*, 471 F.2d 76, 83-84 (3d Cir. 1972). Traducción del texto original en inglés que establece: “*a different judicial posture might well cause “[t]he unity of the system of regulation . . . [to break] down beyond repair*”.

14 *United States v. W. Pac. R. Co.*, 352 U.S. 59, 64 (1956). Traducción del texto original en inglés que establece: “*comes into play whenever enforcement of the claim requires the resolution of issues which, under a regulatory scheme, have been placed within the special competence of an administrative body*”, disponible en: <<http://bit.ly/2sF5KXq>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

las autoridades y asegurar que no funcionen con objetivos contrapuestos”¹⁵. En consecuencia, “se refiere a la abstención judicial en casos en los que la protección de la integridad del marco regulatorio requiere acudir en primer término a la agencia que administra el marco regulatorio”¹⁶.

Si bien no existe “una fórmula fija”¹⁷ para determinar cuándo aplicar esta doctrina, la Corte del Tercer Circuito de EE.UU. considera los siguientes cuatro elementos¹⁸:

- (1) si el asunto en cuestión se encuentra dentro de la experiencia convencional de los jueces o si involucra consideraciones técnicas o de política regulatoria dentro del campo de especialidad de una agencia reguladora;
- (2) si el asunto en cuestión se encuentra particularmente dentro de las facultades discrecionales de la agencia reguladora;
- (3) si existe un peligro sustantivo de resoluciones inconsistentes; y
- (4) si se ha realizado una solicitud a la agencia reguladora.

Al analizar la posible aplicación de este criterio a la Resolución de Slots de COFECE mediante la cual pretende, entre otras cosas, regular la asignación de *slots* e imponer un límite a la acumulación de los mismos, pareciera que se reúnen estos cuatro elementos que apoyarían la aplicación de la

doctrina de “jurisdicción primaria”. Para empezar, los elementos (2) y (3) se actualizan debido a la existencia de una agencia reguladora con facultades para supervisar el uso y asignación de *slots* (i.e., el Ejecutivo y la SCT), resultando en un riesgo consistente en que la regulación sectorial y las determinaciones de la COFECE deriven en guías, requisitos, obligaciones, derechos o estándares de conducta contradictorios, así como el hecho que estas conductas se encuentran dentro de un área que la regulación sectorial pretende regular (es decir, el uso y asignación de *slots*, previsto en la regulación aplicable en materia de aviación civil, aeropuertos y espacio aéreo). Los elementos (1) y (4) se analizan con mayor detalle a continuación:

- *Elemento “1”*: Si el asunto en cuestión involucra consideraciones técnicas o de política regulatoria dentro del campo de especialidad de una agencia reguladora

No cabe duda de que el Ejecutivo y la SCT tienen la facultad de regular y, de hecho, regulan todos los aspectos relacionados con el uso y asignación de *slots*, respecto de los cuales las consideraciones en materia de competencia constituyen sólo un elemento de varios. Si bien la COFECE puede evaluar de forma aislada los efectos competitivos relacionados con *slots*, no tiene la especialización técnica del Ejecutivo y de la SCT para tomar en consideración de forma integral el régimen normativo que dichos reguladores han establecido, el cual incluye consideraciones altamente especializadas y técnicas tales como la seguridad de las aeronaves y el uso eficiente del espacio aéreo. En ese sentido,

15 *Ellis v. Tribune Television Co.* Traducción del texto original en inglés que establece: “The doctrine’s central aim is to allocate initial decisionmaking responsibility between courts and agencies and to ensure that they ‘do not work at cross-purposes’”.

16 *Cheyney State Coll. Faculty v. Hufstедler*, 703 F.2d 732, 736 (3d Cir. 1983). Traducción del texto original en inglés que establece: “Primary jurisdiction applies when decision-making is divided between courts and administrative agencies. It calls for ‘judicial abstention in cases where protection of the integrity of a regulatory scheme dictates preliminary resort to the agency which administers the scheme’”, disponible en: <<http://bit.ly/2ogxE7w>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

17 *United States v. W. Pac. R. Co.*, 352 U.S. at 64.

18 *Natixis Fin. Prods., LLC v. Pub. Serv. Elec. & Gas Co.*, No. 2:13-CV-07076 WHW, 2014 WL 1691647, en la *3 (D.N.J. 29 de abril, 2014) (Walls, J.), disponible en: <<http://bit.ly/2ohNnTR>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

resulta relevante señalar la postura de la Suprema Corte de EE.UU., la cual ha destacado que la doctrina de “jurisdicción primaria” se aplica cuando, como en el caso de la Controversia Constitucional, las cuestiones técnicas, *“después de haber sido evaluadas por competencias especializadas sirven como premisa para que las consecuencias jurídicas sean definidas judicialmente”*¹⁹.

- Elemento “4”: Si se ha realizado una solicitud a la agencia reguladora

El cuarto elemento (i.e., si una solicitud previa se ha realizado a la agencia reguladora), se refiere a si la decisión del regulador *“tiene potencialmente la capacidad de resolver el conflicto actual”*²⁰. El Ejecutivo y la SCT han emitido un marco regulatorio tendiente a garantizar el uso eficiente del espacio aéreo y la correcta asignación de *slots* en aras de conseguir los objetivos de políticas públicas aplicables. Esta circunstancia resulta evidente a la luz de la emisión de las Reformas al RLA y de las Bases Generales que dieron origen a la Controversia Constitucional por parte del Ejecutivo y la SCT.

C. Similitud de las doctrinas de “inmunidad implícita” y “jurisdicción primaria” en EE.UU. y en el marco legal mexicano

Las doctrinas de “inmunidad implícita” y “jurisdicción primaria” de los EE.UU. guardan un cierto grado de paralelismo con algunos de los principales criterios sostenidos por la SCJN en México respecto al “Estado Regulador”, los cuales se traducen en ciertos principios interpretativos que ayudan a resolver los conflictos competenciales entre agentes reguladores y poderes públicos como el que ahora nos ocupa.

En las últimas décadas, el número de órganos constitucionales autónomos y de organismos públicos descentralizados ha crecido dramáticamente, y cada vez dependen menos del control y coordinación del Titular del Ejecutivo Federal. Al mismo tiempo, la Administración Pública federal tiene cada vez menos poder normativo de coordinación de las diversas agencias reguladoras del Estado. Eso ha generado un creciente número de conflictos competenciales y normativos entre el cúmulo, cada vez mayor, de órganos constitucionales autónomos, órganos desconcentrados, organismos públicos descentralizados y dependencias de la Administración Pública federal en México. Ante este panorama, el principio constitucional de división de poderes desde su óptica tradicional es insuficiente para resolver aparentes conflictos competenciales entre los diversos órganos reguladores. Los más recientes y constantes conflictos entre órganos del Estado exigen herramientas hermenéuticas que nos permitan discernir en qué casos debe intervenir cada agencia reguladora.

D. El “Estado Regulador” mexicano

Las doctrinas de “inmunidad implícita” y de “jurisdicción primaria” de los EE.UU. fueron creadas para resolver aparentes conflictos competenciales entre autoridades y son el producto de las Cortes, siendo doctrinas que ofrecen herramientas para coordinar y procurar la coexistencia entre diversas ramas del Estado. En efecto, hay una analogía entre las doctrinas extranjeras referidas y la doctrina mexicana del “Estado Regulador”, pues las unas y la otra responden desde las respectivas ramas judiciales a una misma problemática. Cuando la Constitución y las leyes aparentan conceder facultades simultáneas

19 *Far East Conference v. United States*, 342 U.S. 570, 574 (1952). Traducción del texto original en inglés que establece: “*This is so even though the facts after they have been appraised by specialized competence serve as a premise for legal consequences to be judicially defined*”, disponible en <http://bit.ly/2HCJdhG> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

20 *New York State Elec. & Gas Corp. v. New York Indep. Sys. Operator, Inc.*, 168 F. Supp. 2d 23, 30 (N.D.N.Y. 2001). Traducción del texto original en inglés que establece: “*Moreover, the court reiterates that NYISO’s request to the FERC has the potential to resolve the current conflict*”, disponible en <http://bit.ly/2CbhKE6> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

sobre un mismo objeto, debe haber criterios que nos permitan resolver a favor de una u otra agencia.

El principio de “Estado Regulador” en la doctrina de la SCJN mexicana favorece que sea la agencia especializada, con conocimientos técnicos en una materia, quien prime en caso de conflicto. Dadas formulaciones normativas que generan un aparente conflicto competencial, este principio exige que se favorezca la agencia reguladora con mayores conocimientos técnicos y que tomen en cuenta aspectos adicionales como políticas públicas y compromisos internacionales para regular un asunto.

En diversos asuntos resueltos por la SCJN, el principio de “Estado Regulador” ha favorecido las competencias del órgano constitucional autónomo (en este caso, actuando como regulador sectorial), denominado Instituto Federal de Telecomunicaciones (“IFT”), sobre de otros órdenes de gobierno. Es ilustrativa la tesis de jurisprudencia P/J. 47/2015 (10a.), dictada por el Pleno de la SCJN²¹, en la que en los fallos constitucionales que la integran, el principio de “Estado Regulador”, como parámetro de control constitucional, favorece las facultades del IFT, para actuar incluso ante el silencio del Congreso de la Unión en alguna materia de su competencia. En efecto, en muchos casos es el IFT quien ostenta los principales conocimientos técnicos tanto en materia de competencia económica, como en materia de telecomunicaciones, para regular algunos aspectos de esa industria²².

Pero el parámetro de “Estado Regulador” no siempre favorece al mismo órgano de gobierno, en sentido amplio. Se debe analizar caso por caso, derivado de un conflicto competencial particular, qué órgano de gobierno ostenta por diseño institucional los principales conocimientos técnicos y especializados para regular un objeto.

Veamos, por ejemplo, el supuesto de la regulación del espacio aéreo, aeropuertos y aviación civil, en el que debe prevalecer la racionalidad técnica y especializada como parámetro definitorio competencial entre los diversos órganos de gobierno. En ese caso, conforme al principio de “Estado Regulador”, es la agencia con los mayores conocimientos técnicos y especialización la que debe tener primacía para regular la materia.

La Administración Federal (en este caso, la SCT) es el órgano con la mayor especialización en los diversos principios y materias indispensables para la regulación de aeropuertos. Tiene conocimientos en materia de aviación y administración de aeropuertos, conoce las aristas de política exterior asociadas con la materia, flujo migratorio, seguridad nacional y Derecho Internacional de la aviación. Todos estos conocimientos técnicos son indispensables para una adecuada y equilibrada regulación del sector aeroportuario y aeronáutico en el país. Así, a juicio de los autores, el principio de “Estado Regulador” -como en el caso análogo los principios de “inmunidad implícita” y de “jurisdicción primaria”- favorecen la competencia de la SCT.

- 21 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México); Décima Época; Tesis: P/J. 47/2015 (10a.); Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 26, enero de 2016, Tomo I; Pag. 444; número de registro 2010882; rubro siguiente: **“INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). NO EXISTE RAZÓN PARA AFIRMAR QUE ANTE LA AUSENCIA DE UNA LEY NO SEA DABLE CONSTITUCIONALMENTE QUE EMITA REGULACIÓN AUTÓNOMA DE CARÁCTER GENERAL, SIEMPRE Y CUANDO SEA EXCLUSIVAMENTE PARA CUMPLIR SU FUNCIÓN REGULADORA EN EL SECTOR DE SU COMPETENCIA”**, disponible en: <<https://bit.ly/2RoBBEn>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).
- 22 Cabe señalar que, jurídicamente, las facultades de COFECE no resultan comparables a las del IFT (el cual sí tiene el carácter de regulador sectorial con conocimientos técnicos especializados en materia de telecomunicaciones y radiodifusión), sino, más bien, a las de la Comisión Nacional de derechos Humanos y el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, las cuales tampoco cuentan con conocimientos técnicos especializados en alguna industria.

Ante un aparente conflicto competencial entre los diversos órganos, se debe buscar la compatibilidad y coexistencia de los órganos y agentes reguladores. Al igual que en el caso de EE.UU. con las doctrinas de “inmunidad implícita” y de “jurisdicción primaria”, la doctrina constitucional de “Estado Regulador” mexicana también favorece la prevalencia de la agencia técnica y especializada.

3. El nuevo régimen normativo mexicano en materia de servicios ferroviarios y los límites y alcances de las facultades de la COFECE

El sistema ferroviario mexicano está regulado por la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario (en adelante, Ley Ferroviaria) y el Reglamento del Servicio Ferroviario (en adelante, el Reglamento Ferroviario).

El 26 de enero de 2015, la Ley Ferroviaria fue reformada por el Congreso mexicano para hacer más eficiente y competitivo el sistema ferroviario. En ese mismo tenor, el 18 de agosto de 2016, el Ejecutivo Federal modificó el Reglamento Ferroviario a efectos de regular de manera más específica las disposiciones que fueron modificadas en la Ley Ferroviaria.

Estas reformas resultan relevantes para el presente trabajo, en la medida que materializan la doctrina constitucional mexicana del “Estado Regulador” y reflejan la adopción de las doctrinas de “inmunidad implícita” y “jurisdicción primaria” de los EE.UU. En particular, en dichas reformas, el Congreso y el Ejecutivo Federal establecieron, entre otros, los siguientes cánones:

I. La creación de la Agencia Reguladora del Transporte Ferroviario (“ARTF”) como un órgano desconcentrado de SCT

La ARTF es el órgano regulador facultado para determinar las condiciones de interconexión entre los concesionarios cuando éstos no alcancen un acuerdo, además de fijar las bases de regulación tarifaria para las rutas donde no haya competencia efectiva.

De conformidad con la Ley Ferroviaria²³ y con el Reglamento Ferroviario²⁴, corresponde de manera exclusiva a la ARTF, entre otros, garantizar la interconexión en las vías férreas cuando sean vías generales de comunicación y establecer bases de regulación tarifaria cuando no existan condiciones de competencia efectiva.

Adicionalmente, la Ley Ferroviaria²⁵ prevé que la ARTF establecerá bases de regulación tarifaria, de oficio o a petición de parte afectada, previa resolución de la COFECE que determine que no existen condiciones de competencia efectiva.

En ese sentido, al otorgarse a la ARTF las facultades para la determinación de condiciones de interconexión y de bases de regulación tarifaria, la Ley Ferroviaria reconoce que corresponde exclusivamente a la ARTF regular el servicio de transporte ferroviario y las vías generales de comunicación en las que se preste dicho servicio en condiciones de competencia efectiva.

Por otro lado, la Ley y el Reglamento Ferroviarios prevén que la intervención de la COFECE a efectos de garantizar una prestación eficiente del servicio de transporte ferroviario se encuentra limitada a estudiar y, en su caso, determinar la falta de condiciones de competencia efectiva; quedando reservada a la ARTF

²³ Vid., artículo 6º bis, fracciones III y IV de la Ley Ferroviaria.

²⁴ Vid., Capítulo Tercero, Sección III del Reglamento Ferroviario.

²⁵ Vid., artículo 47º de la Ley Ferroviaria.

la facultad para establecer la regulación aplicable a la prestación del servicio de transporte ferroviario y a la explotación de las vías generales de comunicación correspondientes. Este reconocimiento claramente se apega a las doctrinas de “inmunidad implícita”, “jurisdicción primaria” y “Estado Regulador” a las que se ha hecho referencia previamente.

II. Mantener el registro de las tarifas cobradas para cada flete, servicio o cualquier cargo que realicen los concesionarios del sector como otra de las funciones de la ARTF

La Ley Ferroviaria²⁶ prevé que el registro de las tarifas máximas del servicio de transporte ferroviario estará a cargo de la ARTF, y que dicho registro es indispensable para la entrada en vigor de las tarifas máximas.

Del mismo modo, la Ley Ferroviaria²⁷ establece que en caso de modificaciones las tarifas máximas, la ARTF podrá emitir recomendaciones respecto de los incrementos propuestos y, en caso de estimarlo conveniente, solicitar la opinión de la COFECE en cualquier momento para que, tomando en consideración dicha opinión, la ARTF proceda en términos de sus facultades.

Las disposiciones antes citadas confieren a la ARTF la facultad para otorgar validez a las tarifas máximas establecidas por los concesionarios del servicio ferroviario mediante su registro, así como para regular el ajuste de dichas tarifas máximas, pudiendo solicitar la opinión de COFECE para tales efectos.

Así, la Ley Ferroviaria, una vez más y en línea con las doctrinas de “inmunidad implícita”, “jurisdicción

primaria” y “Estado Regulador”, confirma que la regulación de las condiciones en las que se presta el servicio de transporte ferroviario se encuentra a cargo de la ARTF y que la intervención de COFECE en la materia se encuentra limitada a declarar la existencia o falta de condiciones de competencia efectiva y a emitir recomendaciones a la ARTF.

III. Atender la preocupación por mejor conectividad haciendo obligatoria la interconexión por parte de los concesionarios como objetivo de la reforma

Los concesionarios deben permitir la interconexión y el derecho de paso en tres casos: (i) cuando esté contemplado en los títulos de concesión; (ii) por mutuo acuerdo; o (iii) si la ARTF indica que en una ruta específica no existen condiciones de competencia efectiva, procedimiento para el cual la ARTF puede pedir la opinión de la COFECE.

La Ley Ferroviaria²⁸ y el Reglamento Ferroviario²⁹ contienen los procedimientos mediante los cuales se garantizará la interconexión del sistema ferroviario en condiciones de competencia efectiva y establecen a la ARTF como la autoridad a cargo de regular dicha interconexión mediante el establecimiento y/o aprobación de derechos de paso y de arrastre, así como las contraprestaciones que deberán pagarse entre concesionarios por dichos servicios de interconexión.

De igual forma, el Reglamento Ferroviario³⁰ específicamente faculta a COFECE exclusivamente para determinar la ausencia de condiciones de competencia efectiva y para emitir, a solicitud de la ARTF, una opinión sobre los criterios o principios que

26 Vid., artículos 6º Bis, fracción X y 46º de la Ley Ferroviaria.

27 Vid., artículo 46º de la Ley ferroviaria.

28 Vid., artículos 35º, 36º y 36º Bis de la Ley Ferroviaria.

29 Vid., Capítulo Tercero, Sección III del Reglamento Ferroviario.

30 Vid., artículos 112º y 112º Bis del Reglamento Ferroviario.

permitan fijar las condiciones y contraprestaciones para la prestación de los servicios de interconexión o de terminal o el otorgamiento de derechos de arrastre o de paso obligatorios.

Es decir, al otorgar a la ARTF las facultades necesarias para garantizar la interconexión en el sistema ferroviario (e.g. imponer derechos de arrastre y de paso obligatorios, establecer las condiciones y contraprestaciones aplicables a los servicios de interconexión, entre otras) y al establecer que a COFECE le corresponde exclusivamente determinar la ausencia de condiciones de competencia efectiva en los servicios de interconexión y emitir opiniones al respecto, tanto la Ley Ferroviaria como el Reglamento Ferroviario reiteran que el papel de COFECE en la materia se encuentra limitado a emitir recomendaciones a la ARTF, institución a cargo de regular al sistema ferroviario.

Las citadas reformas al marco regulatorio del sistema ferroviario por parte de los poderes Ejecutivo y Legislativo mexicanos buscaron, entre otros objetivos, evitar que los bienes empleados para la prestación del servicio público de transporte ferroviario enfrentasen tarifas monopólicas en detrimento de la eficiencia y la competitividad del transporte en México. Dichas reformas fueron llevadas a cabo por la Federación, a través del Ejecutivo y del Congreso, siguiendo las pautas requeridas para imponer condiciones de competencia efectiva y reconocer la necesaria participación de COFECE como entidad facultada para determinar la falta de condiciones de competencia efectiva en el mercado y emitir recomendaciones mediante las opiniones que, en su caso, le solicite la ARTF.

El marco normativo y regulatorio del sistema ferroviario constituye la reforma más reciente y vanguardista de México en materia de vías generales

de comunicación y del servicio público de transporte que se presta mediante las mismas. Al igual que en el caso de los servicios aeroportuarios y su regulación contenida en las Reformas al RLA y en las Bases Generales, la regulación ferroviaria fue emitida por las entidades constitucionalmente facultadas para regular las vías generales de comunicación y los servicios de transporte.

A juicio de los autores, las reformas al sistema ferroviario confirman que la participación de COFECE se debe limitar a formular recomendaciones para lograr condiciones de competencia efectiva y un acceso equitativo a insumos esenciales, mediante la emisión de opiniones que se le soliciten y consideren, a su entera discreción, las instituciones del Ejecutivo

Federal facultadas para regular de manera exclusiva la prestación del servicio público de transporte y la explotación de las vías generales de comunicación para tales efectos.

“Será muy interesante esperar a ver la resolución de la SCJN en la citada Controversia Constitucional que, sin lugar a duda, será un caso histórico y ejemplar en la materia, no solo para México sino también para otras jurisdicciones”.

4. La doctrina de insumos esenciales en EE.UU. y en la Unión Europea y su semejanza con la *ratio* de las facultades de COFECE en México

Existen diversos elementos que reflejan una similitud entre la *ratio* respecto a las facultades de la COFECE en materia de insumos esenciales y la doctrina de insumos esenciales en los EE.UU. y en la Unión Europea.

El presente apartado explica brevemente el desarrollo de la doctrina de insumos esenciales o *essential facilities* en los EE.UU. y en la Unión Europea, para luego expresar los motivos por los cuales los autores consideran que dicha doctrina se equipara a las facultades de la COFECE en términos de la Constitución mexicana y de la LFCE, haciendo

especial énfasis en las consideraciones del Ejecutivo y del legislador durante la discusión del proyecto de la LFCE.

A. La doctrina de “*Essential Facilities*” en EE.UU.

Las Cortes en EE.UU. han sostenido que, bajo ciertas circunstancias, la negativa de acceso a un insumo esencial (*essential facility*) puede constituir un desplazamiento (*exclusionary conduct*) correspondiente a una conducta violatoria de la Sección 2 de la Ley Sherman³¹, la cual prohíbe la monopolización y el intento de monopolización. Como se detalla más adelante, los fallos recientes de la Suprema Corte de EE.UU. han limitado las circunstancias bajo las cuales una empresa tiene el deber de permitir el acceso a un insumo esencial en términos de las leyes de competencia.

En efecto, los casos en EE.UU. que implican una negativa injustificada de acceso a un insumo esencial como una violación a la Sección 2 de la Ley Sherman han sido, en varios aspectos, similares a los casos a los que se refiere el concepto de “insumos esenciales” previsto en el artículo 28º de la Constitución y la LFCE³² y que facultan a la COFECE

para “regular el acceso a insumos esenciales”.

Si bien la aplicación del concepto de insumos esenciales en México corre a cargo de la COFECE³³ en términos del artículo 28º constitucional y las disposiciones aplicables de la LFCE, en EE.UU., las autoridades de competencia (como el Departamento de Justicia -*Department of Justice*- o “DOJ”), así como cualquier individuo deben solicitar a las Cortes de EE.UU. la reparación por presuntos daños causados por la negativa de acceso a un insumo esencial, las cuales por sí o mediante un jurado, decidirán si se cumplen los elementos del reclamo, si tal negativa fue razonable y si se violó la Ley Sherman.

A efecto de explicar el desarrollo del análisis relacionado con la negativa irrazonable de acceso a un insumo esencial en EE.UU., a continuación, se presenta un resumen de los casos más relevantes resueltos por las Cortes en dicha jurisdicción:

a) *United States v. Terminal Railroad Association*

Los orígenes del análisis de las implicaciones de insumos esenciales³⁴, en términos de la Ley Sherman, se encuentran en el fallo de la Suprema

31 La Sección 2 de la Ley Sherman prohíbe la monopolización y los intentos de monopolizar. La prueba de monopolización requiere de la comprobación de: (1) poder de monopolio (2) en los mercados relevantes de productos y geográficamente relevantes (3) obtenidos o mantenidos por una conducta de exclusión. Para establecer un intento de monopolización, el demandante debe demostrar una peligrosa probabilidad de obtener poder de monopolio en un mercado relevante a través de una conducta de exclusión. Textualmente, el texto en inglés establece: “*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court*”. Disponible en: <<http://bit.ly/2sJlkS7>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

32 La propia COFECE considera que la figura de insumos esenciales es equivalente a las *essential facilities*. En efecto, según se desprende de la traducción al inglés del comunicado publicado por COFECE el 3 de julio de 2017 titulado “COFECE notifica medidas para regular la asignación de horarios de despegue y aterrizaje en el AICM” (disponibles en inglés y en español en: <<http://bit.ly/2BikzeT>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018) y <<http://bit.ly/2ogsf0l>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018), respectivamente); así como de la traducción al inglés del artículo 60º de la Ley Federal de Competencia Económica publicada por la COFECE. Disponible en: <<https://bit.ly/2JznX0D>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

33 O, en su caso, el IFT.

34 Aunque el término “insumos esenciales” no se usó en *U.S.A. v. Terminal Railroad Association*, sino más bien hasta *Hecht v. ProFootball, Inc.*, 570 F.2d 982, 992 (D.C. Cir. 1977), cert. negado, 436 U.S. 956 (1978).

Corte de EE.UU. en el caso *United States v. Terminal Railroad Association*³⁵, y se basó en el principio fundamental de que un monopolista que controla un insumo que resulta esencial para sus competidores, tiene la obligación de permitir el acceso al mismo si tal acceso es factible.

b) *Hecht v. Pro-Football, Inc. and MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co.*

La primera vez³⁶ que una Corte de EE.UU. utilizó el término “insumos esenciales” fue en *Hecht v. Pro-Football, Inc.*³⁷.

En este caso, Hecht, un solicitante interesado en un equipo para la Liga de Fútbol Americano (*American Football League*) para la ciudad de Washington, D.C., alegó que la autoridad que controlaba el estadio Robert F. Kennedy había bloqueado ilegalmente su intento de ingresar al mercado basándose en una cláusula de exclusividad prevista en el contrato entre el estadio y los Washington Redskins (un equipo de la Liga Nacional de Fútbol o *National Football League*). El estadio Robert F. Kennedy era el único estadio de fútbol adecuado para el área de Washington, D.C.

El caso finalmente se resolvió con base en una instrucción del jurado sobre la doctrina de insumos

esenciales, en la que el estándar legal se describió de la siguiente manera:

Hecht solicitó una instrucción en el sentido de que si el jurado concluía (1) que el uso del estadio RFK era esencial para la operación de un equipo de fútbol profesional en Washington; (2) que dichas instalaciones del estadio (el insumo esencial) no podían ser prácticamente duplicadas por competidores potenciales; (3) que otro equipo podía usar el estadio RFK en ausencia de los Redskins sin interferir con el uso de los Redskins; y (4) que la [cláusula de exclusividad] impedía el uso compartido y equitativo del estadio por parte de posibles competidores, entonces el jurado debía concluir que la previsión en el contrato era una restricción irrazonable al comercio (...)³⁸.

Este estándar básico se aplicó posteriormente en otros casos y en *MCI Communications Corp. v. American Tel. y Tel. Co.*³⁹, la Corte del Séptimo Circuito de EE.UU. reformuló dicho estándar a manera de estar comprendidos los siguientes elementos:

35 *United States v. Terminal Railroad Association*, 224 U.S. 383 (1912). Disponible en: <<http://bit.ly/2HxvpF0>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

36 Antes de *Hecht v. Pro-Football, Inc.*, la Corte Suprema de E.U.A resolvió dos casos que ahora se consideran como antecedentes de la doctrina de insumos esenciales, incluso si dicho término no fue utilizado. Estos casos son: *Associated Press v. United States* (326 U.S. 1 (1945), disponible en: <<http://bit.ly/2sF5YxK>>, fecha de consulta: 3 de octubre de 2018) y *Gamco, Inc. v. Providence Fruit & Produce Building, Inc.* (194 F.2d 484 (1st Cir.), cert. negado, Sección 344 U.S. 817 (1952), disponible en: <<http://bit.ly/2Cay5ch>>, fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

37 *Hecht v. Pro-Football, Inc.*, 570 F.2d 982 (D.C. Cir. 1977), cert. negado, 436 U.S. 956 (1978), disponible en: <<http://bit.ly/2sLidcb>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

38 Traducción del texto original en inglés que establece: “*Hecht requested an instruction that if the jury found (1) that use of RFK stadium was essential to the operation of a professional football team in Washington; (2) that such stadium facilities could not practicably be duplicated by potential competitors; (3) that another team could use RFK stadium in the Redskins’ absence without interfering with the Redskins’ use; and (4) that the [exclusivity provision] prevented equitable sharing of the stadium by potential competitors, then the jury must find the [provision] to constitute a contract in unreasonable restraint of trade (...)*”.

39 *MCI Communications Corp. v. American Tel. y Tel. Co.*, 708 F.2d 1081, 1132-33 (7th Cir. 1982), cert. negado, 464 U.S. 891 (1983), disponible en: <<http://bit.ly/2C9GI6M>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

(1) el control del insumo esencial por un monopolista [definido como necesario para competir]; (2) la incapacidad de un competidor para duplicar de manera práctica o razonable el insumo esencial; (3) la negación del uso del insumo a un competidor; y (4) la viabilidad de proporcionar el insumo⁴⁰.

c) *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*

En *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*⁴¹, la Suprema Corte de EE.UU. sostuvo que incluso un monopolista que controla un insumo esencial tiene una obligación, sólo en circunstancias limitadas, de cooperar con sus competidores para proporcionar acceso a dicho insumo. En ese caso, el monopolista rescindió y se negó a renovar una relación rentable preexistente con el actor, sacrificando ganancias a corto plazo al negarse a negociar y rechazar una oferta para proporcionar acceso a precios minoristas rentables. En estas circunstancias, la Suprema Corte de EE.UU. determinó que la intención anticompetitiva era clara y falló a favor de la parte actora.

d) *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*

La Suprema Corte de EE.UU. volvió a examinar el caso de *Aspen Skiing* en *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*⁴², para analizar un caso relacionado con un supuesto acceso discriminatorio a insumos esenciales para servicios de telecomunicaciones.

La Corte describió las conductas en *Aspen Skiing* como “en o cerca del límite exterior de la responsabilidad derivada de la Sección 2”⁴³ y concluyó que la supuesta negativa de acceso en *Trinko* no “encajaba dentro de la limitada excepción reconocida en *Aspen Skiing*”⁴⁴, ya que no involucró la terminación de las negociaciones con competidores y, por lo tanto, “no arroja luz sobre la motivación de su negativa de trato - si sus (...) fallas se debieron no a un entusiasmo competitivo sino por una malicia anticompetitiva”⁴⁵.

La Suprema Corte de EE.UU. coincidió en que las reclamaciones relacionadas con insumos esenciales deben desecharse cuando “agencias estatales o federales [tienen] facultades efectivas para forzar la compartición de un insumo esencial y para regular su alcance y términos”⁴⁶, y no identificó motivo alguno para “imponer una doctrina judicial de acceso forzado”⁴⁷ en la cual una ley federal distinta a las leyes de competencia especifica los términos y condiciones de acceso a ser aplicados por la

40 Traducción del texto original en inglés que establece: ““(1) control of the essential facility by a monopolist [defined as necessary to compete]; (2) a competitor’s inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; (3) the denial of the use of the facility to a competitor; and (4) the feasibility of providing the facility”.

41 *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985), disponible en: <<http://bit.ly/2EJOcKT>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

42 *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. (2003), disponible en: <<http://bit.ly/2dr6Lau>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

43 Traducción del texto original en inglés que establece: “*Aspen Skiing is at or near the outer boundary of §2 liability*”.

44 Traducción del texto original en inglés que establece: “*The refusal to deal alleged in the present case does not fit within the limited exception recognized in Aspen Skiing*”.

45 Traducción del texto original en inglés que establece: “*Here, therefore, the defendants prior conduct sheds no light upon the motivation of its refusal to deal upon whether its regulatory lapses were prompted not by competitive zeal but by anticompetitive malice*”.

46 Traducción del texto original en inglés que establece: “*Thus, it is said that essential facility claims ‘should . . . be denied where a state or federal agency has effective power to compel sharing and to regulate its scope and terms’*”.

47 Traducción del texto original en inglés que establece: “*The 1996 Act’s extensive provision for access makes it unnecessary to impose a judicial doctrine of forced access*”.

Comisión Federal de Comunicaciones (*Federal Communications Commission* o “FCC”).

Finalmente, la Corte advirtió que “[l]a Ley Sherman es, de hecho, la ‘Carta Magna de la libertad empresarial’, pero no brinda a los jueces un cheque en blanco para insistir en que un monopolista altere su forma de hacer negocios cada vez que un enfoque distinto pudiese generar mayor competencia”⁴⁸.

e) Conclusiones sobre los insumos esenciales en EE.UU.

Las Cortes en EE.UU. han desarrollado leyes (*case law*) respecto a las circunstancias en las que una negativa injustificada de acceso a insumos esenciales puede constituir una conducta excluyente y anticompetitiva, lo que corresponde a uno de los elementos indispensables para evidenciar una vulneración a la Sección 2 de la Ley Sherman.

En resumen, la negativa de acceso a un insumo esencial puede, bajo ciertas circunstancias, constituir una conducta excluyente en violación a la Sección 2 de la Ley Sherman, siempre que se cumplan los demás elementos para ello. Sin embargo, las circunstancias en las que la negativa de acceso puede constituir una conducta excluyente se han visto significativamente limitadas por el fallo de la Suprema Corte de EE.UU. en *Aspen Skiing* y *Trinko*. En *Aspen Skiing*, se identificó el requisito de un motivo anticompetitivo, en el que un monopolista se negó a renovar un negocio rentable y en el que la negativa de acceso implicó un sacrificio de ganancias a corto plazo.

Como lo observó la Suprema Corte en *Trinko*, este contexto fáctico “está en o cerca del límite externo de la responsabilidad de la Sección 2”. Por lo tanto, aunque la negativa de acceso a un insumo esencial

puede ser una base para una reclamación en términos de la Sección 2 de la Ley Sherman, las circunstancias en las que las Cortes de EE.UU. pueden considerarla como tal, son limitadas. Toda la ley (*case law*) aplicable a insumos esenciales descrita previamente tiene el denominador común respecto a la existencia de un monopolista que controla un insumo esencial en el mercado “aguas arriba” que tenga un incentivo para favorecer su propio negocio sobre el de los competidores en el mercado “aguas abajo”.

B. La doctrina de “Essential Facilities” en la Unión Europea

Al igual que en el caso de EE.UU., la doctrina de insumos esenciales en la Unión Europea se basa en un intento por parte de un monopolista verticalmente integrado y con poder de mercado “aguas arriba”, de desplazar a sus competidores en el mercado “aguas abajo” mediante la negativa de acceso a un insumo esencial que no cuenta con sustitutos actuales o potenciales.

En la Unión Europea, esta doctrina se ha desarrollado a partir de lo previsto en el artículo 82º del Tratado de la Unión Europea, el cual establece lo siguiente:

Artículo 82. Será incompatible con el mercado común 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 común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) imponer directa o indirectamente

48 Traducción del texto original en inglés que establece: “*The Sherman Act is indeed the ‘Magna Carta of free enterprise’, [United States v. Topco Associates, Inc., 405 U. S. 596, 610 (1972)], but it does not give judges carte blanche to insist that a monopolist alter its way of doing business whenever some other approach might yield greater competition*”.

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 éstos 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 contratos⁴⁹.

Cabe señalar que si bien en la Unión Europea la doctrina de insumos esenciales ha estado presente desde 1974⁵⁰, rara vez se ha utilizado y, en sus orígenes, se aplicaba en los casos de negativa de acceso a un insumo simplemente con reunir el requisito de que un agente con poder de mercado en el mercado “aguas arriba” controlara el insumo en cuestión. No fue sino hasta 1994, en el caso *Oscar Bronner v. Mediaprint*, que se replanteó la aplicación de esta doctrina y se adicionó el requisito de que el insumo “aguas arriba” resultase *esencial* para competir en el mercado “aguas abajo”, sin que hubiese disponibilidad de sustitutos actuales o potenciales.

A efecto de explicar el desarrollo del análisis de la doctrina de insumos esenciales en la Unión Europea, a continuación, se presenta un resumen de los casos más relevantes resueltos por la Comisión Europea y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el “TJUE”):

49 Tratado de la Unión Europea, disponible en <https://bit.ly/2vZMBkW> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

50 *Vid.*, *Commercial Solvents*, 1974 E.C.R., disponible en: <<https://bit.ly/2rc1bAR>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018); *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission*, caso 27/76, 1978 E.C.R. 207, [1978] 1 C.M.L.R. 429, disponible en: <<https://bit.ly/2I5QIWS>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018); *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV v. Commission*, caso 77/77, 1978 E.C.R. 1513, [1978] 3 C.M.L.R. 174, disponible en: <<https://bit.ly/2jilneN>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018); *Centre Belge d'Etudes de Marché- Telemarketing (CBEM) v. SA Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT) and Information Publicité Benelux (IPB)*, caso 311/84, 1985 E.C.R. 3261, [1986] 2 C.M.L.R. 558, disponible en: <<https://bit.ly/2I2hKJk>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018); *Consortio Italiano della Componentistica di Ricambio per Autoveicoli and Maxicar v. Régie des Usines Renault*, caso 53/87, 1988 E.C.R. 6039, [1990] 4 C.M.L.R. 265, disponible en: <<https://bit.ly/2HGhrQJ>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018); *Volvo v. Erik Veng (UK) Ltd*, caso 238/87, 1988 E.C.R. 6211, [1989] 4 C.M.L.R. 122, disponible en: <<https://bit.ly/2KqPzSs>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018); *Commission Decision 94/119/EC*, 1994 O.J. (L 055) 52 (relacionada con una negativa de venta respecto al acceso a las instalaciones del Puerto de Rødby (Dinamarca)), disponible en: <<https://bit.ly/2Kr6CDR>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018); *Commission Decision 94/19/EC*, 1994 O.J. (L 015) 8 (relacionada con un procedimiento en términos del artículo 86º del Tratado de la Unión Europea (IV/34.689- *Sea Containers v. Stena Sealink-Interim Measures*)), disponible en: <<https://bit.ly/2KpYeVn>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018); *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission*, casos C-241/91 P & C-242/91 P, 1995 E.C.R. I-743, [1995] 4 C.M.L.R. 718, disponible en: <<https://bit.ly/2ravmrZ>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018); *Tierce Ladbroke SA v. Commission*, caso T-504/93, 1997 E.C.R. II-923, 5 C.M.L.R. 309 (1997) (Ct. First Instance); *vid. Valentine Korah, The Ladbroke Saga*, 3 Eur. Competition L. Rev. 169 (1998), disponible en: <<https://bit.ly/2Fv7QdG>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018); y *European Night Services Ltd (ENS) v. Commission*, casos T-374/94, T-375/94, T-384/94 & T-388/94, 1998 E.C.R. II-3141, [1998] 5 C.M.L.R. 718, disponible en: <<https://bit.ly/2jiao6k>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

a) Commercial Solvents⁵¹

Commercial Solvents representa el primer caso en el que el TJUE determinó que, bajo ciertas circunstancias, un agente económico con un poder dominante tiene la obligación de comercializar sus productos a otro agente económico que opera en un mercado “aguas abajo”.

Commercial Solvents contaba con una posición dominante en la producción y comercialización de materia prima utilizada para la fabricación de etambutol y era el único proveedor de materia prima en la Unión Europea.

Uno de sus clientes era Zoja, un fabricante de etambutol, quien adquiría los insumos desde 1966. En la primavera de 1970, Zoja canceló la adquisición de cantidades importantes de materia prima y en invierno del mismo año, cuando trató de reanudar sus volúmenes previos, *Commercial Solvents* se rehusó a suministrar el producto.

Commercial Solvents había decidido comenzar a producir etambutol y para facilitar su entrada al mercado, decidió dejar de vender materia prima a Zoja. La Comisión Europea determinó que *Commercial Solvents* abusó de su posición dominante, resolución que fue confirmada por el TJUE, el cual, al confirmar la resolución emitida por la Comisión, resolvió que *Commercial Solvents* había abusado de su posición dominante, ya que “*resulta que una empresa que ostenta una posición dominante en el mercado de materias primas y que, con el fin de reservarlas para su propia producción de derivados, deniega el suministro de éstas a un cliente, productor también de dichos derivados, a riesgo de eliminar cualquier competencia por parte de dicho cliente, explota su posición dominante de forma abusiva*”.

b) Puerto de Rødby (Port of Rødby)⁵²

DSB era una empresa estatal danesa, propietaria y operadora del puerto de Rødby. DSB operaba el único ferry que prestaba servicios de transporte entre Rødby y el puerto de Puttgarden. Stena, un operador de embarcaciones, intentó entrar al mercado y prestar sus servicios en la misma ruta operada por DSB, sin embargo, el gobierno danés negó a Stena la autorización requerida con el pretexto que otorgarle acceso a dicho puerto afectaría la posibilidad de DSB de expandir sus actividades. Cabe señalar que el gobierno danés también negó a Stena el permiso para construir un nuevo puerto en la misma área al considerar que Stena no había demostrado la necesidad de una mayor oferta para satisfacer la demanda en la zona.

Al analizar el caso, la Comisión Europea consideró que un agente económico que opera o es propietario de un puerto que representa un insumo esencial, no puede negar el acceso a otros competidores sin que exista una justificación razonable. Asimismo, consideró que, “[e]l apartado 1 del artículo 90 dispone que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas [i.e., del Estado] y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado”.

La Comisión Europea resolvió de forma similar a otros casos, señalando que “de este modo, una empresa que posee o gestiona y a la vez utiliza una instalación fundamental, es decir, una instalación o infraestructura sin la cual las empresas de la competencia no podrían ofrecer sus servicios al público, y que les niega el acceso a dicha instalación, está abusando de su posición dominante” (énfasis añadido).

51 *Commercial Solvents*, 1974 E.C.R., disponible en: <<https://bit.ly/2rc1bAR>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

52 Caso 94/119/EC, disponible en: <<https://bit.ly/2l9lWb5>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

c) **H. Sea Containers v. Stena Sealink Line**⁵³

Stena Sealink (“Stena”) era propietaria y operadora del puerto de Holyhead, Gales. *Sea Containers* intentó comenzar a prestar servicios de transporte en dicho puerto, pero Stena retrasó las negociaciones, por lo que *Sea Containers* presentó una denuncia ante la Comisión Europea. La Comisión consideró que el puerto constituía un insumo esencial (*essential facility*) dado que no existían alternativas realistas al mismo (e.g., construir un nuevo puerto). Asimismo, la Comisión consideró que la negativa por parte de Stena constituía un abuso de su posición dominante con el objeto de “*proteger o reforzar su posición en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios*” (énfasis añadido).

d) **Oscar Bronner GmbH & Co. KG**⁵⁴

El contexto económico en el que el TJUE resolvió este asunto resulta relevante para comprender la racionalidad de su decisión. En primer lugar, a finales de los años 90, la integración del “mercado común” europeo presentaba un avance significativo y ya no era la principal prioridad; segundo, *Bronner* no involucró la protección de un mercado nacional frente a competidores extranjeros o la extensión de un monopolio legal (e.g., un sector reservado a un Estado) al mercado “aguas abajo”, sino que involucró el acceso a un insumo desarrollado con fondos privados; y tercero, tuvo lugar tras dos intentos frustrados de aplicar la doctrina de insumos esenciales, lo que sugirió la necesidad de lineamientos para su aplicación.

En este caso, Mediaprint era publicista de dos diarios de circulación nacional, y representaba el 46.8% del mercado austriaco en términos de circulación. Dicha

empresa había desarrollado un canal de distribución que le permitía distribuir sus diarios desde muy temprano por la mañana.

Oscar Bronner era publicista de un diario competidor que representaba el 3.6% de mercado en términos de circulación. A fin de incrementar su presencia en el mercado, Bronner solicitó a Mediaprint acceso a su red de distribución, petición que fue negada por parte de Mediaprint. Bronner impugnó esta negativa ante los tribunales nacionales y la impugnación fue finalmente remitida al TJUE.

En primer término, el TJUE concluyó que correspondía a los tribunales nacionales determinar si la distribución de diarios a domicilio constituía un mercado relevante independiente o si otros medios de distribución como kioscos o el correo postal podían ser sustitutos; sin embargo, anticipó que, de considerarse que el mercado únicamente abarcaba la distribución de diarios a domicilio, debía considerarse que Mediaprint gozaba de una posición dominante en el mismo, siempre que: (i) la negativa pudiese eliminar la competencia por parte del solicitante (Bronner); (ii) dicha negativa no pudiese justificarse objetivamente; y (iii) el servicio fuese indispensable para el negocio del solicitante (Bronner), en los siguientes términos:

35. Si el órgano jurisdiccional remitente, al término de dicho examen, llegara a la conclusión de que existe un mercado distinto constituido por los sistemas de reparto a domicilio y un grado de intercambiabilidad insuficiente entre el sistema de Mediaprint, de ámbito nacional, y otros sistemas regionales, dicho órgano jurisdiccional se vería obligado necesariamente a reconocer que Mediaprint, la cual, a tenor de las informaciones facilitadas por la

53 Caso 94/19/EC, disponible en: <<https://bit.ly/2jRomfS>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

54 Caso C-7/97, disponible en: <<https://bit.ly/2HKaM8a>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

resolución de remisión, gestiona el único sistema de distribución a domicilio de ámbito nacional existente en Austria, se halla en una situación de monopolio de hecho en el mercado definido de esta forma y, por lo tanto, ocupa en él una posición dominante.

(...)

37. Finalmente, procede verificar si el hecho de que el propietario del único sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional existente en el territorio de un Estado miembro, que utiliza dicho sistema para la distribución de sus propios diarios, deniegue el acceso al mismo al editor de un diario competidor constituye un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado, por cuanto dicha negativa priva al citado competidor de una modalidad de distribución que se considera esencial para la venta de éste⁵⁵ (énfasis añadido)

Lo relevante de este caso es que el Tribunal Europeo determinó que no resulta suficiente la existencia de un agente dominante en el mercado “aguas arriba” para considerar que el acceso a un insumo esencial es requerido, sino que adicionó elementos fundamentales de la doctrina, consistentes en que el insumo sea indispensable para competir en el mercado “aguas abajo” y que la negativa de acceso no sea justificada objetivamente.

C. Análisis de la figura de insumos esenciales en México de acuerdo con la Exposición de Motivos de la LFCE del Ejecutivo Federal y el dictamen de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados

a) Exposición de Motivos del Ejecutivo Federal

La similitud entre los insumos esenciales previstos en el artículo 28º de la Constitución mexicana (detallado en la LFCE) y el concepto de “insumos esenciales” como una conducta excluyente (*exclusionary conduct*) vulneratoria de la Ley Sherman y del Tratado de la Unión Europea es aún más evidente a la luz de la Exposición de Motivos preparada por el Ejecutivo Federal mexicano al presentar la iniciativa de la LFCE, así como en el dictamen de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados al debatir dicha iniciativa de ley. Incluso, la Exposición de Motivos del Ejecutivo hace más evidente el hecho de que la incorporación del concepto de insumos esenciales en México no fue una ocurrencia del Ejecutivo Federal mexicano, sino producto de un análisis de las mejores prácticas internacionales, tal y como se describe en el siguiente apartado.

El Ejecutivo Federal, al presentar la iniciativa de la Ley Federal de Competencia Económica al Congreso, señaló lo siguiente:

3. Conductas Anticompetitivas

(...)

Respecto a las prácticas monopólicas relativas, se amplía el catálogo acorde a la práctica internacional y a la realidad de los mercados mexicanos, para incluir dos conductas: la primera,

⁵⁵ *Idem.*

es el estrechamiento de márgenes consistente en la reducción del 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. Esta práctica se presenta cuando existe un agente económico verticalmente integrado, que es dominante en la provisión de un insumo que es esencial para operar en el mercado relacionado, donde también compete, y abusa de su poder mediante la reducción en el margen de sus competidores en el mercado relacionado, cobrándoles un precio por el insumo mayor al que se cobra a sí mismo o reduciendo el precio del bien o servicio en el mercado relacionado. Con esta conducta, los competidores que son igual de eficientes que el dominante, enfrentan dificultades para permanecer o concurrir al mercado, por razones que no dependen de su eficiencia, sino de abuso del poder del dominante.

La segunda conducta que se adiciona es la denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias a un insumo esencial. Por la importancia concedida a los insumos esenciales en la reciente reforma constitucional, se adicionó esta práctica que tiene por objeto evitar que el agente económico que detenta o posee el insumo de carácter imprescindible abuse de su posición dominante mediante la negación, restricción o

acceso discriminatorio que no tiene justificación legítima y únicamente busca perjudicar a un competidor.

4. Facultades incrementales de la Comisión Federal de Competencia Económica

(...)

ii. Determinar la existencia y regular el acceso a insumos esenciales.

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.

En este sentido, para determinar la existencia de insumo esencial, la Comisión deberá considerar los siguientes criterios:

- Si el insumo es detentado o prestado por un solo agente económico o un número reducido de agentes económicos.
- Si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro agente económico.

- Si el insumo resulta indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos.

En congruencia con el texto constitucional, se precisa que la Comisión sólo deberá determinar la existencia de insumos esenciales cuando requieran ser regulados para eliminar efectos anticompetitivos⁵⁶ (énfasis añadido)

b) Dictamen de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados

La Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, al dictaminar la iniciativa de ley (mismos que fueron incorporados al texto vigente), señaló lo siguiente:

La iniciativa incorpora un capitulo sobre insumos esenciales. Establece que la Comisión identificará, a petición de parte o como resultado de investigaciones de oficio, los insumos esenciales presentes en los distintos sectores de la economía nacional. Dicho insumo esencial es 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 del análisis realizado por la Comisión, la imposición de condiciones de acceso a ese insumo esencial es susceptible de generar un impacto pro-competitivo en el mercado o los mercados relevantes analizados.

(...)

26. Se propone ajustar el texto del artículo 94 con el propósito de establecer parámetros más claros de actuación por parte de la Comisión en este procedimiento.

El cambio propuesto tiene como propósito fortalecer las condiciones de certidumbre para los Agentes Económicos y favorecer intervenciones focalizadas, racionales y económicamente útiles.

Es este sentido, la Comisión únicamente podrá detonar el procedimiento cuando existan elementos que hagan suponer que no existen condiciones de competencia efectiva y dado el caso, la resolución que derive del procedimiento podrá incluir: (i) recomendaciones u órdenes dirigidas a las Autoridades Públicas, sin que la Comisión pueda invadir o alterar la esfera de competencia de estas últimas; (ii) órdenes dirigidas a los Agentes Económicos para eliminar barreras indebidas a la competencia y libre concurrencia, entendidas

56 Exposición de Motivos del Ejecutivo Federal respecto a la iniciativa de la Ley Federal de Competencia Económica, p. 6-7, disponible en: <<http://bit.ly/1oW0111>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

conforme la definición propuesta en el artículo 3 fracción IV; (iii) la determinación de insumos esenciales - bajo los criterios establecidos en el artículo 60 - Y la consiguiente emisión de lineamientos regulatorios; o (iv) la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los Agentes Económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos y únicamente cuando a juicio de la Comisión otras medidas correctivas no sean suficientes para solucionar el problema de competencia identificado⁵⁷ (énfasis añadido)

Las consideraciones anteriores culminaron en la redacción actual de la LFCE respecto a insumos esenciales, la cual -en sus secciones relevantes- señala lo siguiente:

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.

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:

(...)

La resolución de la Comisión podrá incluir:

a) Recomendaciones para las Autoridades Públicas.

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

57 Dictamen de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados respecto a la iniciativa de la Ley Federal de Competencia Económica, p. 6, 12 y 13, disponible en: <<http://bit.ly/1oBDrwS>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

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 (...).

Claramente, la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados consideró importante limitar las facultades de la COFECCE respecto a insumos esenciales a meras recomendaciones tratándose de Autoridades Públicas con la finalidad de evitar que aquella invada la esfera competencial de las estas últimas, lo que se desprende del artículo 94 (a) citado previamente.

c) Conclusiones

Considerando lo previsto en el artículo 28º de la Constitución mexicana, la Exposición de Motivos de la LFCE por el Ejecutivo Federal y el dictamen de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, así como la redacción del texto vigente de la LFCE, en contraposición con la ley (*case law*) relacionada con violaciones a la Ley Sherman y el Tratado de la Unión Europea en forma de negativa injustificada de acceso a insumos esenciales en EE.UU. y en la Unión Europea, es posible concluir que las tres jurisdicciones son comparables y que ambos términos (insumos esenciales y *essential facilities*) se refieren al mismo concepto: **una conducta excluyente en la forma de negativa injustificada de acceso a un insumo aguas arriba que deriva en un desplazamiento de competidores en el mercado aguas abajo.**

Para mayor claridad, el siguiente cuadro ofrece una comparación de los requisitos en términos de la LFCE (haciendo uso de su Exposición de Motivos y el dictamen de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados para aclarar ciertos términos) y de aquellos establecidos en diferentes leyes (*case law*) de las Cortes de EE.UU. y de la Unión Europea respecto a insumos esenciales (citando los precedentes correspondientes):

Insumos Esenciales en México	Apreciación histórica de los Insumos Esenciales en EE.UU.	Apreciación histórica de los Insumos Esenciales en la Unión Europea
<p><u>Carácter “esencial” del insumo:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> El insumo “<i>resulta indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos</i>” (Exposición de Motivos del Ejecutivo Federal). El insumo “<i>es indispensable para completar un proceso productivo determinado</i>” (dictamen de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados). El insumo “<i>resulta indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos</i>” (artículo 60º, fracción III de la LFCE). 	<p><u>Carácter “esencial” del insumo:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> El insumo es esencial para la provisión de ciertos bienes y servicios. (<i>Hecht v. Pro-Football, Inc.</i>). Control del insumo es esencial por un monopolista (<i>MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co.</i>). 	<p><u>Carácter “esencial” del insumo:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> No basta que haya un agente económico dominante, sino que el insumo debe ser indispensable (<i>Bronner</i>). Insumo esencial (<i>essential facility</i>) puede considerarse como una <i>instalación o infraestructura sin la cual las empresas de la competencia no podría ofrecer sus servicios al público</i>. (<i>Puerto de Rødby</i>).
<p><u>Control por uno o algunos agentes económicos:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> El insumo “<i>es detentado o prestado por un solo agente económico o un número reducido de agentes económicos</i>” (Exposición de Motivos del Ejecutivo Federal). El control del insumo “<i>recae en manos de un reducido número de agentes económicos</i>” (dictamen de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados). El insumo “<i>es controlado por uno, o varios Agentes Económicos con poder sustancial</i>” (artículo 60º, fracción I de la LFCE). 	<p><u>Control por uno o algunos agentes económicos:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Control del insumo esencial por un monopolista (<i>MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co.</i>). 	<p><u>Control por uno o algunos agentes económicos:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Limitar el acceso a un insumo no es abuso de posición dominante si los agentes económicos que participan en el mercado “aguas abajo” tienen acceso a otras alternativas existentes o potenciales (<i>Bronner</i>). La posición dominante de un agente económico en el mercado “aguas arriba” es determinante (<i>Commercial Solvents</i>).
<p><u>Integración vertical del monopolista:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Existe “<i>un agente económico verticalmente integrado</i>” (Exposición de Motivos del Ejecutivo Federal). El control del insumo “<i>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</i>” (dictamen de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados). 	<p><u>Integración vertical del monopolista:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> La incapacidad de un competidor para duplicar o reproducir de manera práctica o razonable los insumos esenciales. (<i>MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co.</i>). Negación del uso de un insumo a un competidor (<i>MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co.</i>). 	<p><u>Integración vertical del monopolista:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Negación del acceso a un insumo a un competidor (<i>Commercial Solvents</i>). Una empresa “<i>que utiliza dicho sistema para la distribución de sus propios diarios</i>” (<i>Bronner</i>).

El papel de las autoridades en materia de competencia frente a la regulación de insumos esenciales en mercados regulados: el caso del Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México y del Sistema Ferroviario Mexicano

<p><u>Inviabilidad de la replicación del insumo:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • “Si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro agente económico” (Exposición de Motivos del Ejecutivo Federal). • Su “réplica por otro agente económico o grupo de agentes económicos es técnica-mente inviable o económicamente ineficiente” (dictamen de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados). • “Si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro Agente Económico” (artículo 60º, fracción II de la LFCE). 	<p><u>Inviabilidad de la replicación del insumo:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • La inhabilidad de un competidor para duplicar o reproducir práctica o razonablemente un insumo esencial (<i>MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co.</i>). 	<p><u>Inviabilidad de la replicación del insumo:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Existe un insumo esencial cuando cualquier alternativa para sustituir al mismo parece no ser una alternativa realista (Stena).
<p><u>Intención y efectos anticompetitivos:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • “La segunda conducta que se adiciona es la denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias a un insumo esencial. Por la importancia concedida a los insumos esenciales en la reciente reforma constitucional, se adicionó esta práctica que tiene por objeto evitar que el agente económico que detenta o posee el insumo de carácter imprescindible abuse de su posición dominante mediante la negación, restricción o acceso discriminatorio que no tiene justificación legítima y únicamente busca perjudicar a un competidor.” (Exposición de Motivos del Ejecutivo Federal). • Estrechamiento de márgenes, “consistente en la reducción del 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. Esta práctica se presenta cuando existe un agente económico verticalmente integrado, que es dominante en la provisión de un insumo que es esencial para operar en el mercado relacionado, donde también compete, y abusa de su poder mediante la reducción en el margen de sus competidores en el mercado relacionado” (Exposición de Motivos del Ejecutivo Federal). 	<p><u>Intención y efectos anticompetitivos:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Factibilidad de proveer el insumo (<i>MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co.</i>). • Negativa de acceso a un insumo por parte de un competidor (<i>MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co.</i>). • Necesario para que competidores puedan competir (<i>Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing</i>). • En <i>Aspen Skiing</i> y <i>Trinko</i>, se incluyó un requerimiento adicional: una conducta que claramente demuestra una intención anticompetitiva y no sólo un entusiasmo competitivo (<i>Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP</i>). 	<p><u>Intención y efectos anticompetitivos:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Negar el acceso al insumo “a riesgo de eliminar cualquier competencia por parte de dicho cliente, explota su posición dominante de forma abusiva” (<i>Commercial Solvents</i>). • La empresa que controla el insumo “deniegue el acceso al mismo al editor de un diario competidor constituye un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado, por cuanto dicha negativa priva al citado competidor de una modalidad de distribución que se considera esencial para la venta de éste” (Bronner). • Negar el acceso al insumo para “proteger o reforzar su posición en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios”. (Puerto de Rødby). • El objeto de la negativa fue el de “proteger o reforzar su posición en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios” (Stena).

<p><u>Pesos y contra pesos:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • “(...) la Comisión únicamente podrá detonar el procedimiento cuando existan elementos que hagan suponer que no existen condiciones de competencia efectiva y dado el caso, la resolución que derive del procedimiento podrá incluir: (i) recomendaciones u órdenes dirigidas a las Autoridades Públicas, <u>sin que la Comisión pueda invadir o alterar la esfera de competencia de estas últimas</u>” (dictamen de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados). • “La resolución de la Comisión podrá incluir: a) recomendaciones para las Autoridades Públicas (artículo 94 (a) de la LFCE). 	<p><u>Pesos y contra pesos:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Que las autoridades estatales o federales no tengan facultades efectivas para forzar la compartición de insumos esenciales o para regular su alcance y condiciones (<i>Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP</i>). 	<p><u>Pesos y contra pesos:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • El gobierno no debe proteger de la competencia los intereses de una empresa del Estado. (<i>Puerto de Rødby</i>).
---	---	---

Con base en lo anterior, es de concluirse que tanto el Ejecutivo como el legislador en México visualizaron las facultades de la COFECE en materia de insumos esenciales de forma similar a la forma en la que dichos insumos son regulados en EE.UU. y en la Unión Europea, es decir, no como un mecanismo autónomo e independiente del resto del engranaje en materia de competencia, sino como respuesta a un desplazamiento por parte de un monopolista (o agente con poder sustancial) integrado verticalmente.

Conclusiones

- I. Las doctrinas de “inmunidad implícita” y “jurisdicción primaria” en EE.UU. limitan las facultades de las autoridades de competencia y la aplicación de las normas en materia de competencia en relación con su injerencia en sectores regulados, favoreciendo la especialidad técnica del regulador sectorial.
- II. La doctrina constitucional del “Estado Regulador” en México también favorece a la agencia reguladora con mayores conocimientos técnicos, que, además, toma

en consideración aspectos adicionales como políticas públicas y compromisos internacionales. Esta doctrina es también consistente con las doctrinas de “inmunidad implícita” y “jurisdicción primaria” en EE.UU.

- III. El régimen jurídico del sistema ferroviario vigente en México materializa la doctrina constitucional mexicana del “Estado Regulador”, limitando las facultades de la COFECE y situándola en un papel de auxiliar del regulador sectorial.
- IV. Tanto en EE.UU. como en la Unión Europea, las normas aplicables a los insumos esenciales únicamente resultan aplicables a aquellos casos en que un monopolista controla un insumo esencial “aguas arriba” y ejerce su poder de mercado para desplazar a sus competidores en el mercado “aguas abajo”⁵⁸.
- V. Durante las discusiones que derivaron en el texto de la LFCE mexicana vigente, el Ejecutivo federal y el Congreso fueron claros en torno a los razonamientos que dieron

58 En el caso en particular de la Resolución de Slots, no se cumple con esta condición ya que el AICM quien es el titular de los Slots no compite en el mercado “aguas abajo” de la prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros y carga.

origen a las facultades de la COFECE en materia de insumos esenciales y es evidente que, en todo momento, buscaron apegarse a las prácticas en la materia de EE.UU. y en la Unión Europea, concibiendo las normas aplicables como una forma de evitar o corregir abusos por parte de un agente económico verticalmente integrado con un incentivo para desplazar a sus competidores en el mercado “aguas abajo”⁵⁹.

VI. La resolución dictada por la COFECE en el expediente IEBC-001-2015 se aparta de la doctrina constitucional mexicana de “Estado Regulador” y pretende imponer al regulador sectorial determinadas reglas en materia aeronáutica y aeroportuaria que, si bien se determinaron con base en la regulación en materia de competencia, invaden la esfera específica de la función reguladora.

VII. Asimismo, la Resolución de Slots de la COFECE desestima la *ratio* de sus facultades en materia de insumos esenciales y la experiencia internacional en la materia, y pretende constituirse en una autoridad irrestricta, capaz de intervenir directamente en la función reguladora de las agencias sectoriales, incluso en contravención a lo previsto en los tratados internacionales en la materia de los cuales México es parte.

VIII. El fallo que en su momento emita la Suprema Corte de Justicia de México al resolver la controversia constitucional 301/2017 impactará no sólo a la materia aeronáutica y aeroportuaria en México, sino que será fundamental en el entendimiento del modelo constitucional de “Estado Regulador”, resultando extensivo a todos los sectores regulados que cuenten con una agencia con especialización técnica.

Será muy interesante esperar a ver la resolución de la SCJN en la citada Controversia Constitucional que, sin lugar a duda, será un caso histórico y ejemplar en la materia, no solo para México sino también para otras jurisdicciones.

Bibliografía

1. Legislación, Procedimientos Legislativos y Tratados Internacionales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el DOF el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada en el DOF el 27 de agosto de 2018, disponible en: <<https://bit.ly/2ycOzMt>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Dictamen de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados (México) respecto a la iniciativa de la Ley Federal de Competencia Económica, disponible en: <<http://bit.ly/1oBDrwS>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Exposición de Motivos del Ejecutivo Federal respecto a la iniciativa de la Ley Federal de Competencia Económica (México), disponible en: <<http://bit.ly/1oW01l1>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario (México), publicada en el DOF el 12 de mayo de 1995, última reforma publicada en el DOF el 24 de abril de 2018, disponible en: <<https://bit.ly/2DUPsiX>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Reglamento del Servicio Ferroviario (México), publicado en el DOF el 25 de enero de 2000, última reforma publicada en el DOF el 18 de agosto de 2016, disponible en: <<https://bit.ly/2DX4tAl>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

59 *Idem*, 58.



Sherman Anti-Trust Act, disponible en: <<http://bit.ly/2sJlKS7>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Tratado de la Unión Europea, disponible en: <<https://bit.ly/2vZMBkW>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

2. Resoluciones y Sentencias

Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing, 472 U.S. 585 (1985), disponible en: <<http://bit.ly/2EJOcKT>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Associated Press v. United States (326 U.S. 1 (1945), disponible en: <<http://bit.ly/2sF5YxK>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV v. Commission, caso 77/77, 1978 E.C.R. 1513, [1978] 3 C.M.L.R. 174, disponible en: <<https://bit.ly/2jilneN>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Caso 94/119/EC, disponible en: <<https://bit.ly/2l9Wb5>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Caso 94/19/EC, disponible en: <<https://bit.ly/2jRomfS>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Caso C-7/97, disponible en: <<https://bit.ly/2HKaM8a>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Centre Belge d'Etudes de Marché- Telemarketing (CBEM) v. SA Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT) and Information Publicité Benelux (IPB), caso 311/84, 1985 E.C.R. 3261, [1986] 2 C.M.L.R. 558, disponible en: <<https://bit.ly/2l2hKJk>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Cheyney State Coll. Faculty v. Hufstedler, 703 F.2d 732, 736 (3d Cir. 1983), disponible en: <<http://bit.ly/2ogxE7w>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Commercial Solvents, 1974 E.C.R., disponible en: <<https://bit.ly/2rc1bAR>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Commission Decision 94/119/EC, 1994 O.J. (L 055) 52, disponible en: <<https://bit.ly/2Kr6CDR>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Commission Decision 94/19/EC, 1994 O.J. (L 015) 8, disponible en: <<https://bit.ly/2KpYeVn>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Conorzio Italiano della Componentistica di Ricambio per Autoveicoli and Maxicar v. Régie des Usines Renault, caso 53/87, 1988 E.C.R. 6039, [1990] 4 C.M.L.R. 265, disponible en: <<https://bit.ly/2HGhrQJ>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Credit Suisse Securities LLC v. Billing, 551 U.S. 264 (2007), disponible en: <<http://bit.ly/2Fnc5ty>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Ellis v. Tribune Television Co., 443 F.3d 71, 82 (2d Cir. 2006), disponible en: <<http://bit.ly/2ESFBJV>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

European Night Services Ltd (ENS) v. Commission, casos T-374/94, T-375/94, T-384/94 & T-388/94, 1998 E.C.R. II-3141, [1998] 5 C.M.L.R. 718, disponible en: <<https://bit.ly/2jiao6k>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Far East Conference v. United States, 342 U.S. 570, 574 (1952), disponible en: <<http://bit.ly/2HCJdhG>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Finnegan v. Campeau Corp., 915 F.2d 824, 828 (2d Cir. 1990), disponible en: <<http://bit.ly/2Cahxkv>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Gamco, Inc. v. Providence Fruit & Produce Building, Inc. (194 F.2d 484 (1st Cir.), cert. negado, Sección 344 U.S. 817 (1952), disponible en: <<http://bit.ly/2Cay5ch>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Hecht v. Pro-Football, Inc., 570 F.2d 982 (D.C. Cir. 1977), cert. negado, 436 U.S. 956 (1978), disponible en: <<http://bit.ly/2sLidcb>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Laveson v. Trans World Airlines, 471 F.2d 76, 83-84 (3d Cir. 1972), disponible en: <<http://bit.ly/2orwSUP>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

MCI Communications Corp. v. American Tel. y Tel. Co., 708 F.2d 1081, 1132-33 (7th Cir. 1982), cert. negado, 464 U.S. 891 (1983), disponible en: <<http://bit.ly/2C9GI6M>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Natixis Fin. Prods., LLC v. Pub. Serv. Elec. & Gas Co., No. 2:13-CV-07076 WHW, 2014 WL 1691647, en la *3 (D.N.J. 29 de abril, 2014) (Walls, J.), disponible en: <<http://bit.ly/2ohNnTR>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

New York State Elec. & Gas Corp. v. New York Indep. Sys. Operator, Inc., 168 F. Supp. 2d 23, 30 (N.D.N.Y. 2001), disponible en: <<http://bit.ly/2CbhKE6>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission, casos C-241/91 P & C-242/91 P, 1995 E.C.R. I-743, [1995] 4 C.M.L.R. 718, disponible en: <<https://bit.ly/2ravmrZ>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Tierce Ladbroke SA v. Commission, caso T-504/93, 1997 E.C.R. II-923, 5 C.M.L.R. 309 (1997) (Ct. First Instance); *vid. Valentine Korah, The Ladbroke Saga*, 3 Eur. Competition L. Rev. 169 (1998), disponible en: <<https://bit.ly/2Fv7QdG>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission, caso 27/76, 1978 E.C.R. 207, [1978] 1 C.M.L.R. 429, disponible en: <<https://bit.ly/2I5QIWS>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

United States v. Terminal Railroad Association, 224 U.S. 383 (1912), disponible en: <<http://bit.ly/2HxvpF0>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

United States v. W. Pac. R. Co., 352 U.S. at 64, disponible en: <<https://bit.ly/2Qnqdaq>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. (2003), disponible en: <<http://bit.ly/2dr6Lau>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

Volvo v. Erik Veng (UK) Ltd, caso 238/87, 1988 E.C.R. 6211, [1989] 4 C.M.L.R. 122, disponible en: <<https://bit.ly/2KqPzSs>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

3. Criterios Jurisprudenciales

Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México); Décima Época; Tesis: P/J. 47/2015 (10a.); Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 26, enero de 2016, Tomo I; Pag. 444; número de registro 2010882; rubro siguiente: **"INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). NO EXISTE RAZÓN PARA AFIRMAR QUE ANTE LA AUSENCIA DE UNA LEY NO SEA DABLE CONSTITUCIONALMENTE**

QUE EMITA REGULACIÓN AUTÓNOMA DE CARÁCTER GENERAL, SIEMPRE Y CUANDO SEA EXCLUSIVAMENTE PARA CUMPLIR SU FUNCIÓN REGULADORA EN EL SECTOR DE SU COMPETENCIA", disponible en: <<https://bit.ly/2RoBBEn>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

4. Publicaciones

COFECE, "COFECE notifica medidas para regular la asignación de horarios de despegue y aterrizaje en el AICM", 3 de julio de 2017, disponibles en inglés y en español en: <<http://bit.ly/2BlkzeT>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018) y <<http://bit.ly/2ogsf0l>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

COFECE, *Federal Economic Competition Law*, disponible en: <<https://bit.ly/2JznX0D>> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018). 