



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: CNT-001-2011

Voto particular que formula el Comisionado Miguel Flores Bernés en la autorización otorgada por el Pleno de la Comisión Federal de Competencia (en adelante, "Comisión"), durante la sesión ordinaria del veinticuatro de febrero de dos mil once, y respecto de la cual, por mayoría de votos, el Pleno de la Comisión determinó autorizar la operación notificada por British Airways, PLC ("British"), Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. ("Iberia"), y American Airlines, Inc ("American")¹.

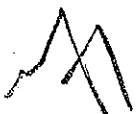
A continuación se establecen las razones por las cuales, respetuosamente, voto en contra de la autorización anterior, al no compartir la decisión adoptada por la mayoría del Pleno de la Comisión. En mi opinión, la operación notificada no es una concentración, ya que no encuadra en lo señalado por el artículo 16 de la Ley Federal de Competencia Económica ("LFCE"), que dispone expresamente lo siguiente:

"Para los efectos de esta ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión impugnará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados."

Contrario a lo manifestado por los propios promoventes², estimo que este asunto no debe tramitarse como si se tratase de una concentración, debido a que no se reúnen ninguno de los supuestos previstos en el artículo aludido. En la transacción referida no hay fusión, no hay adquisición de control, y tampoco existe ningún acto en virtud del cual "se concentren" sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos entre estos competidores.

¹ Cabe señalar que el veintiséis de agosto de 2010, el Pleno de la CFC resolvió autorizar la concentración notificada por British Airways, PLC e Iberia Líneas Aéreas de España, S.A.

² Página cuatro del escrito inicial de los promoventes.





COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: CNT-001-2011

Voto particular que formula el Comisionado Miguel Flores Bernés en la autorización otorgada por el Pleno de la Comisión Federal de Competencia (en adelante, "Comisión"), durante la sesión ordinaria del veinticuatro de febrero de dos mil once, y respecto de la cual, por mayoría de votos, el Pleno de la Comisión determinó autorizar la operación notificada por British Airways, PLC ("British"), Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. ("Iberia"), y American Airlines, Inc ("American")¹.

A continuación se establecen las razones por las cuales, respetuosamente, voto en contra de la autorización anterior, al no compartir la decisión adoptada por la mayoría del Pleno de la Comisión. En mi opinión, la operación notificada no es una concentración, ya que no encuadra en lo señalado por el artículo 16 de la Ley Federal de Competencia Económica ("LFCE"), que dispone expresamente lo siguiente:

"Para los efectos de esta ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión impugnará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados."

Contrario a lo manifestado por los propios promoventes², estimo que este asunto no debe tramitarse como si se tratase de una concentración, debido a que no se reúnen ninguno de los supuestos previstos en el artículo aludido. En la transacción referida no hay fusión, no hay adquisición de control, y tampoco existe ningún acto en virtud del cual "se concentren" sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos entre estos competidores.

¹ Cabe señalar que el veintiséis de agosto de 2010, el Pleno de la CFC resolvió autorizar la concentración notificada por British Airways, PLC e Iberia Líneas Aéreas de España, S.A.

² Página cuatro del escrito inicial de los promoventes.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: CNT-001-2011

La prestación de servicios de transporte aéreo, los acuerdos corporativos de clientes, el transporte de carga en mercados internacionales y la conjunción de los programas de viajero frecuente, no me parece que constituyan "activos" de las partes -que se aporten al "joint business agreement" (o "JBA" por sus iniciales en idioma inglés)- como lo manifiestan los promoventes en la página cinco de su escrito inicial. En mi opinión, la transacción aparece como un mero mecanismo de intercambio de información relacionada con hechos y actos de naturaleza económica, legal y contable de cada uno de los agentes económicos respecto de sus operaciones corporativas cotidianas.

En consecuencia, considero que la operación notificada ante esta Comisión no resulta una concentración, sino más bien estimo que se constituye en un acuerdo entre competidores que tiene por objeto y efecto fijar precios y segmentar los mercados.

Derivado de la operación notificada, no se estará dando origen a que una sola empresa coordine todas las actividades del grupo, erigiéndose como la empresa controladora que goce de un poder real, que ejerza una influencia decisiva, o que controle a las demás. Por el contrario, el JBA establece un acuerdo entre las partes en el que -al tiempo de que permanecen como centros de decisión independientes- se presentan al consumidor con homogeneidad en sus servicios al planear sus

Art. 31 bis,
fracc. II; 14
fracc. I y II,
LFTAIPG.

fundados en el llamado principio de "neutralidad del metal". Es decir, los involucrados en la transacción resultan entonces agentes económicos competidores entre sí que simplemente celebraron un acuerdo para fijar precios y segmentar la operación de sus vuelos trasatlánticos³.

³ Por las razones anteriores, no son aplicables, en este caso en particular, los siguientes criterios emitidos por el Poder Judicial respecto al concepto de grupo de interés económico: i) Registro No. 168470. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Noviembre de 2008 Página: 1244. Tesis: I.4o.A. J/66. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO. SU CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA; y, ii) Registro No. 168587 Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: CNT-001-2011

Por otro lado, la resolución de la mayoría establece que el JBA consiste en arreglos entre las partes sobre el establecimiento de un [REDACTED]

[REDACTED] lo cual crea lo que se conoce en la industria aérea como "neutralidad" (*metal neutrality*) lo que implica una indiferencia en cuanto a cuál aerolínea en realidad transporta al cliente. Lo anterior permitirá a los transportistas involucrados, participar en "vuelos de código compartido" (*codesharing*), [REDACTED]

Art. 31 bis,
fracc. II; 14
fracc. I y II,
LFTAI/PG.

No obstante, lo que omite analizar la resolución de la mayoría es si, efectivamente, las partes involucradas en el JBA pierden su independencia operativa respecto no sólo de los negocios afectados, sino además del resto de los servicios y actividades comerciales en los cuales visiblemente permanecen como competidores, y si esta conducta pudiera disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios. Asimismo, la resolución de la mayoría tampoco evalúa si la supuesta pérdida de independencia operativa involucra un elemento de convicción suficiente que permita determinar notoriamente que se está en presencia de un *joint-venture* plenamente justificado, cuya constitución puede ser analizada de acuerdo con los parámetros establecidos en el Capítulo III de la LFCE y correlativos de su Reglamento, o bien, si por el contrario, estamos ante un acuerdo entre agentes económicos competidores entre sí que necesariamente implique un estudio de las hipótesis previstas en el artículo 9 de la LFCE.

Como referencia al estudio de casos similares en otros países conviene señalar el más reciente criterio de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, al resolver por unanimidad el caso

y su Gaceta XXVIII, Octubre de 2008 Página: 2286 Tesis: I.4o.A. J/67 Jurisprudencia Materia(s): Administrativa. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. CUANDO LAS CONDUCTAS ATRIBUIDAS A UNA EMPRESA FUERON DESPLEGADAS POR EL GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO AL QUE PERTENECE, LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA DEBE VINCULAR TANTO AL AGENTE INVESTIGADO COMO A LA INTEGRACIÓN VERTICAL DE OPERACIÓN DEL ALUDIDO GRUPO.

*American Needle, Inc., v. National Football League, et al.*⁴. Básicamente, al resolver este caso la Suprema Corte consideró que a los treinta y dos equipos que conforman la *National Football League* y a la empresa *National Football League Properties*, no se les podía considerar como un único centro de toma de decisiones, debido a que: i) cada equipo opera y administra su negocio de manera independiente, y además es de propiedad independiente; ii) sus actividades corporativas se encuentran guiadas o determinadas por centros de toma de decisiones independientes, y sus objetivos no son comunes; y, iii) los equipos compiten entre sí, no sólo en el campo de juego, sino también para atraer seguidores, ingresos y personal directivo y deportivo.

En una acertada referencia, la Suprema Corte señaló que no puede considerarse que “una vez que un grupo de firmas acuerdan producir un producto de manera conjunta, la cooperación entre esas firmas deba ser tratada como una conducta independiente. El simple hecho de que operen de manera conjunta en algún sentido no significa que tengan inmunidad de las leyes de competencia (...)”⁵.

En el caso que nos ocupa, considero que es muy claro que el JBA no es más que un simple cascarón jurídico que se pretende vestir de concentración para legalizar un acuerdo colusivo de fijación de precios. Al igual que en el caso de *American Needle*: i) cada aerolínea mantendrá una propiedad y administración de su empresa de forma independiente; ii) sus actividades corporativas se encontrarán guiadas o determinadas por centros de toma de decisiones independientes, y sus objetivos no serán necesariamente comunes; y, iii) las aerolíneas continuarían compitiendo entre sí por los clientes en otras rutas y servicios e, inclusive, en rutas y servicios relacionados con los vuelos trasatlánticos.

⁴ *American Needle, Inc., v. National Football League, et al.* 560 U. S. (2010). Disponible en: <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-661.pdf> Un análisis del caso puede consultarse en “Las enseñanzas del caso *American Needle v. NFL* para la Competencia Económica en México”, Revista Pauta Núm. 62, International Chamber of Commerce, México, noviembre 2010), por Miguel Flores Bernés y José Abel Rivera Pedroza, disponible en: <http://www.competenciaeconomica.com.mx/articulos/MFB-ARP.pdf>

⁵ *Ibidem*, página 15.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: CNT-001-2011

Si un consumidor en México desea volar a Londres tiene diversas alternativas; analicemos sólo tres en particular: 1) volar directo la ruta México-Londres con British Airways; 2) volar indirecto la ruta México-Madrid-Londres con Iberia; y, 3) volar indirecto la ruta México-EUA-Londres con American. Ahora, para el caso del mercado Norteamérica-Reino Unido, British Airways será quien determinará el precio de los boletos, mientras que Iberia lo determinará para el mercado Norteamérica-España, y American hará lo propio en el mercado Norteamérica-resto de Europa. Asimismo, existe la obligación entre las Partes de no vender boletos en términos que estén fuera del precio determinado por cada líder. De esta forma, American está obligada a respetar el precio que haya determinado British para la ruta trasatlántica EUA-Reino Unido, pero nada le impide determinar un precio más bajo para el tramo México-EUA y, de esta manera, competir con British por el consumidor en México que desea viajar a Londres. El mismo caso se aplica a Iberia. En consecuencia, las aerolíneas seguirán compitiendo por clientes en rutas relacionadas con los vuelos trasatlánticos, donde el consumidor en México eventualmente adquirirá un boleto que tiene un precio cartelizado. Por esta razón, se estima que no es claro que no haya efectos en territorio nacional derivados de esta operación⁶.

Es por ello que en su escrito de notificación ante esta CFC, los promoventes manifestaron que en el año dos mil ocho solicitaron al Departamento de Transportes ("DOT") de los Estados Unidos de América una inmunidad en materia de competencia económica para el JBA, la cual aparentemente fue concedida en el año dos mil diez⁷. Asimismo, los promoventes manifestaron que ese mismo año, la Comisión Europea emitió una decisión mediante la cual declaró que debido a los compromisos ofrecidos por las partes, ya

⁶ Ahora bien, si la mayoría del Pleno estimaba que no se generaban efectos con la operación en territorio nacional, pues entonces el análisis debió ser que no resultaba aplicable la LFCE, en razón de lo dispuesto por el artículo primero de la ley aludida, que acota su aplicación a territorio nacional.

⁷ Si bien los promoventes presentaron copia de dicha resolución como Anexo D de su escrito de notificación, ésta no obra en el expediente en idioma español, por lo que en cumplimiento del artículo 5 del Reglamento de la LFCE, no pudo ser tomada en consideración.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: CNT-001-2011

no existía preocupación de que el JBA tuviera el objeto o efecto de impedir, restringir o distorsionar la competencia dentro del mercado común⁸.

Como ha sido manifestado por el suscrito en ocasiones anteriores⁹, la legislación de los Estados Unidos de América permite a ese país otorgar, a través del DOT, una excepción a las líneas áreas a fin de que no les sea aplicada la legislación en materia de competencia económica en la realización e implementación de este tipo de acuerdos, en la medida en que dicha excepción sea requerida para satisfacer un interés público (de ahí el término en inglés "antitrust immunity").

Sin embargo, la legislación mexicana no contempla este tipo de exenciones. Por el contrario, el cuarto párrafo del artículo 28 Constitucional, así como los artículos cuarto, quinto y sexto de la LFCE, establecen clara y expresamente cuáles serán las funciones y actividades que no constituirán monopolios. Entre dichas actividades no se encuentra la prestación de servicios aéreos o la celebración de asociaciones que tengan por objeto desarrollar ninguna de las actividades contempladas en el JBA, según el dicho de los promoventes.

Inclusive, los propios promoventes confesaron en su escrito inicial que la operación que ahora nos notifican generó preocupaciones en la Unión Europea, al estimarse que el acuerdo podría tener el objeto o efecto de impedir, restringir o distorsionar la competencia dentro del mercado común¹⁰. Aparentemente, la Comisión Europea emitió una decisión en la que declaró que debido a ciertos compromisos ofrecidos por las partes, ya no existía la preocupación aludida¹¹.

⁸ Los promoventes también presentaron una copia de la resolución aludida, misma que tampoco fue posible ubicar dentro del expediente en idioma español, por lo que no pudo ser tomada en consideración.

⁹ Expedientes CNT-11-2009 y CNT-064-2009.

¹⁰ Página 2 de su escrito inicial.

¹¹ Los promoventes también presentaron una copia de la resolución referida, misma que tampoco fue posible ubicar dentro del expediente en idioma español, por lo que no pudo ser tomada en consideración.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Miguel Flores Bernés
Expediente: CNT-001-2011

No obstante, como lo mencionan en su escrito de notificación, el JBA - [REDACTED] - crea una "neutralidad del metal" que implica una indiferencia en cuanto a cual aerolínea en realidad transporta al cliente¹². Los transportistas no tendrían un interés particular en prestar sus servicios en ciertas horas pico para vuelos trasatlánticos cuando hay otro vuelo de alguna de las partes que sea económicamente óptimo para que los miembros del acuerdo JBA tengan una cobertura de vuelos más amplia¹³. Inclusive, señalan que el acuerdo trasatlántico JBA beneficiará a los clientes a través de [REDACTED]

Art. 31 bis,
fracc. II; 14
fracc. I y II,
LFTAIPG.

El propósito, en mi opinión, es obtener mayores ganancias (a través de arreglos entre las partes sobre el reparto de ingresos), que de otra forma no podrían percibir actuando por separado.

Económicamente, pueden existir acuerdos entre competidores que sean pro-competitivos; particularmente, cuando las ganancias sociales derivadas de la innovación (investigación y desarrollo) sean sustanciales. En este caso en particular, la asociación internacional de los agentes económicos no me parece que sea competitiva y, por el contrario, podrían constituirse en prácticas que disminuyan, dañen o impidan la competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios de los mercados afectados.

Tan es así que los agentes económicos involucrados en la operación tuvieron que solicitar y obtener (aparentemente) una inmunidad especial en materia de competencia económica en los Estados Unidos de América, así como ofrecer compromisos ante la Comisión Europea para conseguir (supuestamente) el visto bueno de la autoridad respectiva.

La resolución adoptada por la mayoría del Pleno de la Comisión es omisa respecto de las consideraciones vertidas con anterioridad, y se limita a señalar que el JBA prácticamente no modifica el estado de las operaciones de los involucrados en el territorio nacional, en virtud de que las empresas no son

¹² Páginas 1 y 2 del escrito inicial.

¹³ Página 7 del escrito inicial.

¹⁴ Ibid.

competidoras en rutas directas. En este sentido, la resolución de la mayoría concluye que no se prevé que la operación notificada pueda modificar sustancialmente las condiciones de los mercados y afectar negativamente la competencia y la libre concurrencia.

Sin embargo, el dictamen no realiza una exposición concreta de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que fueron tomadas en consideración para llegar a las determinaciones anteriores. Es decir, los efectos en territorio nacional del acuerdo colusivo no fueron examinados a detalle, con lo que no es posible descartar que el JBA pudiera afectar a los consumidores mexicanos o turistas extranjeros que pretendan realizar viajes que tengan como origen o destino puntos en el territorio nacional, pero que requieran usar las rutas previstas en el JBA.

Considero que el hecho de que la Comisión otorgue una autorización a este tipo de operaciones, utilizando erróneamente como fundamento de su actuación disposiciones de la LFCE que regulan concentraciones entre agentes económicos, podría tener como consecuencia indeseable que cualquier grupo de competidores pretendan formalizar sus acuerdos colusivos o carteles ante esta autoridad administrativa argumentando que se trata de concentraciones y no de prácticas monopólicas absolutas de las descritas en el artículo nueve de la LFCE.

Ante la CFC, el argumento de un grupo de cartelistas sería relativamente sencillo: solamente tendrían que decir "nos estamos concentrando" (o "ya nos concentramos", en el supuesto de que la transacción no fuera notificable conforme a la LFCE), e indicar que son un grupo de interés económico, sin el ánimo de que exista "fusión" o "acuerdos" para ejercer control conjunto o coordinación de las sociedades, asociaciones o sus activos, y que impida que se pueda actuar de manera aislada e independiente entre sí.

Pongamos un ejemplo. Un grupo de tortilleros en la colonia Narvarte del Distrito Federal decide que, aun manteniéndose como centros de decisión independiente, conviene a sus intereses:

- i) crear un comité conjunto de administración de sus respectivas tortillerías,
- ii) coordinar sus esfuerzos de ventas, mercadotecnia, horarios de servicio y capacidades; y,
- iii) repartirse los ingresos obtenidos por la venta de tortillas.

Uno o dos años después, se pretende iniciar una investigación ante la CFC al considerarse que dicho acuerdo constituye una práctica monopólica absoluta. El argumento de defensa de los tortilleros sería que no son un cartel, sino que llevaron a cabo una concentración en términos del artículo 16 de la LFCE (es decir, si bien no se fusionaron o hubo una adquisición de control, sí realizaron “cualquier acto”, un acuerdo colusivo por virtud del cual se concentraron), misma que no tuvo que ser notificada al no actualizarse ninguno de los umbrales del artículo 20 de la LFCE. Si aceptamos la teoría que inspira la decisión de la mayoría en este caso, la práctica del grupo de tortilleros no podría ser investigada por la Comisión, al aplicar lo previsto en el artículo 22 de la ley referida, el cual establece que no podrán ser investigadas las concentraciones que no requieran ser previamente notificadas, una vez transcurrido un año de su realización.

Conclusión

Por las razones expuestas en este voto particular, considero que la operación notificada ante esta Comisión no es una concentración en términos de la LFCE y, por el contrario, constituye un acuerdo colusivo que encuadra en las hipótesis previstas por el artículo nueve, fracciones I y III de la LFCE. Ello, en virtud de que los agentes económicos involucrados en la operación van a seguir actuando de forma independiente y aislada (como competidores entre sí), sin que exista un control compartido, por lo que la coordinación que hay es sólo para fijar precios y segmentar el mercado de rutas trasatlánticas.


Miguel Flores Bernés
Comisionado