



COMISION FEDERAL  
DE  
COMPETENCIA

COMISION FEDERAL  
DE COMPETENCIA

Dic 11 10 38 AM 2009

SECRETARIA EJECUTIVA

Voto Particular  
Miguel Flores Bernés  
Expediente: CNT-064-2009

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 primero de diciembre de dos mil nueve, y respecto de la cual, por mayoría de votos, el Pleno de la Comisión determinó autorizar la operación notificada por Continental Airlines, Inc. ("Continental"), United Air Lines, Inc. ("United"), Air Canada y Deutsche Lufthansa AG ("Lufthansa").

En el presente voto 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 LFCE, que dispone 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 establecido en la resolución, estimo que este asunto no debió tramitarse como si fuera una concentración, debido a que en mi opinión no se reúnen ninguno de los supuestos previstos en el artículo transcrito, dado que 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.

En consecuencia, la operación notificada ante esta Comisión no sólo no es una concentración, sino que además constituye un acuerdo entre competidores que tiene por objeto y efecto fijar precios y segmentar los mercados. Lo anterior, en virtud de que el propósito de la operación es la ejecución de un acuerdo de asociación entre los agentes económicos que participan en la operación (Acuerdo Transatlántico de Joint Venture A++).



Según lo manifestado por los propios promoventes en la página 11 de su escrito de notificación<sup>1</sup>, el Acuerdo Transatlántico de Joint Venture A++ "... establece un Joint Venture cuadrilateral entre las partes en la que, al tiempo de que permanecen independientes, funcionarán y se manejarán como si fueran una empresa conjunta y uniforme, presentando al consumidor homogeneidad en sus servicios

[Redacted text] (énfasis añadido)

31 bis de la LFCE.

Es decir, los agentes económicos involucrados en la transacción son agentes económicos competidores entre sí que celebraron un acuerdo para ponerse de acuerdo para fijar precios y segmentar la operación de sus vuelos trasatlánticos. Efectivamente, de acuerdo con su escrito de notificación, el enfoque y los objetivos del Acuerdo Transatlántico de Joint Venture A++ contemplan, entre otros, los siguientes:

"Establecer una coordinación de precios, [Redacted text] :...

31 bis de la LFCE.

Establecer la planificación y programación conjunta de rutas trasatlánticas [Redacted text]

31 bis de la LFCE.

[Redacted text]"<sup>2</sup> (énfasis añadido)

Además, los promoventes consideran que "es importante contar con la autorización de la Comisión para poder implementarlo [el Acuerdo Transatlántico de Joint Venture A++] con éxito pues del mismo se deriva que las PARTES para hacerlo efectivo deberán compartir cierta información sensible."<sup>3</sup> (énfasis añadido)

<sup>1</sup> Folio 00011 del expediente.

<sup>2</sup> Página 13 de su escrito de notificación (folio 00013 del expediente).

<sup>3</sup> Página 12 de su escrito de notificación (folio 00012 del expediente).



COMISION FEDERAL  
DE  
COMPETENCIA

**Voto Particular**  
**Miguel Flores Bernés**  
**Expediente: CNT-064-2009**

Es por ello que en su escrito de notificación voluntaria, los promoventes señalaron que "*Varios miembros de Star Alliance obtuvieron la inmunidad por parte del gobierno de los Estados Unidos de América con respecto de las leyes de competencia (Inmunidad DOT) para poder implementar una serie de acuerdos de alianza mediante la resolución 2007-2-16 del Departamento de Transportes de los Estados Unidos (DOT) y con motivo de la incorporación de Continental a Star Alliance solicitaron y obtuvieron de las autoridades de los Estados Unidos de América que se incluyera a Continental entre las líneas aéreas dotadas de inmunidad global en cuanto a las reglas de competencia estadounidenses y que se extendiera esta inmunidad a una serie de acuerdos bilaterales entre Continental y otros miembros de Star Alliance, un acuerdo de Coordinación entre estos miembros de Star Alliance y un acuerdo de Joint Venture de alto nivel de integración entre Air Canada, continental, Lufthansa y United conocido como el "Acuerdo A++" (resolución 2009-7-10 del DOT)*"<sup>4</sup>.

De acuerdo con la resolución emitida por la autoridad estadounidense aludida<sup>5</sup>, la inmunidad otorgada permite a las aerolíneas involucradas en el *joint venture* a coordinar tarifas, servicios y horarios de vuelos, a fin de que puedan ser ofrecidos a los consumidores una mayor gama de opciones dentro de la alianza, que de otra forma no podrían ser ofrecidas sin la inmunidad<sup>6</sup>.

La legislación de los Estados Unidos de América permite a este país otorgar, a través del Departamento de Transporte, una excepción a las líneas aéreas a fin de que no les sea aplicada la legislación en materia de competencia económica en la realización e implementación de este tipo de *joint ventures*, en la medida en que dicha excepción sea requerida para satisfacer un interés público<sup>7</sup> (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 4, 5 y 6 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), establecen clara y expresamente cuáles serán las funciones y actividades que no

<sup>4</sup> Páginas 7 y 8 del escrito de notificación.

<sup>5</sup> Localizable en la siguiente página de internet:

<http://www.regulations.gov/search/Regs/home.html#documentDetail?R=09000064809eda55>

<sup>6</sup> Página 10 de la resolución 2009-7-10 del DOT.

<sup>7</sup> Página 3 de la resolución 2009-7-10 del DOT.



COMISION FEDERAL  
DE  
COMPETENCIA

**Voto Particular**  
**Miguel Flores Bernés**  
**Expediente: CNT-064-2009**

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 referido Acuerdo Transatlántico de Joint Venture A++.

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<sup>8</sup>, podría tener como consecuencia 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 9 de la LFCE.

Ante la CFC, su argumento 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.

No obstante, como lo mencionan en su escrito de notificación, los agentes económicos competidores entre sí permanecerán independientes y se estarán coordinando para reducir la oferta (número y frecuencia de vuelos) y compartir los ingresos de los pasajeros (vuelos más llenos) en las rutas trasatlánticas, a través de un modelo de redistribución de ingresos diseñado para compensar a cada parte equitativamente su contribución al acuerdo<sup>9</sup>. El propósito es obtener mayores ganancias 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<sup>10</sup>. En este caso en particular, la asociación internacional de los agentes económicos no

---

<sup>8</sup> De acuerdo con la resolución, la Comisión autorizó la operación notificada con fundamento en los artículos 1º, 3º, 12, 13, 16, 17, 18, 20, último párrafo, 21, 23, 24, fracciones IV y XIX y 25 de la LFCE, y 18, 19 y 20 del RLFCE.

<sup>9</sup> Páginas 11, 12 y 13 de su escrito de notificación.

<sup>10</sup> Hovenkamp, Herbert, “Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice”, Third edition, Thomson West, 2005.



COMISION FEDERAL  
DE  
COMPETENCIA

**Voto Particular**  
**Miguel Flores Bernés**  
**Expediente: CNT-064-2009**

parece ser competitiva y, por el contrario, podría tener efectos perniciosos en la competencia y libre concurrencia de los mercados involucrados.

Tan es así que los agentes económicos involucrados en la operación tuvieron que solicitar y obtener una inmunidad especial en materia de competencia económica en los Estados Unidos de América, la cual, vale la pena señalar, no fue absoluta, ya que se encuentra sujeta tanto a una serie de excepciones, como a determinadas condiciones que se tienen que cumplir ante las autoridades de dicho país.<sup>11</sup>

Dichas limitaciones tuvieron que ser impuestas por el DOT a fin de atender, al menos en cierta medida, los comentarios que con respecto de la solicitud presentada por las aerolíneas involucradas en el *Joint Venture*, hizo la División de Competencia Económica ("*Antitrust Division*") del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América (DOJ, por sus siglas en inglés)<sup>12</sup>. Las conclusiones del DOJ respecto de la solicitud de inmunidad requerida fueron las siguientes:

*"La inmunidad pretendida por los Solicitantes no tiene precedente en cuanto a su cobertura y alcance, autorizando una colusión entre United y Continental en todo el servicio internacional, eliminando o reduciendo significativamente la competencia entre determinados miembros de Star Alliance en rutas donde ellos proporcionan la única –o al menos la mayoría de– las alternativas competitivas, y excluyendo protecciones previamente impuestas que fueron diseñadas para preservar la competencia en rutas donde existen coincidencias.*

*El resultado tiende a provocar un daño sustancial a los consumidores. Nuestro análisis indica que las tarifas podrían incrementarse hasta en un 15% en las rutas donde el número de competidores que no hacen escala disminuye de dos a uno, y hasta en un 6% en rutas donde el número de competidores que no hacen escala disminuye de tres a dos. La competencia se verá significativamente disminuida en mercados donde existen limitaciones a la entrada, como China, donde United y Continental al día de hoy*

<sup>11</sup> Páginas 1 y 2 de la resolución 2009-7-10 del DOT y su correspondiente Anexo A.

<sup>12</sup> Dichos comentarios pueden ser localizados en la siguiente página de internet:

<http://www.justice.gov/atr/public/comments/247556.pdf>



COMISION FEDERAL  
DE  
COMPETENCIA

Voto Particular  
Miguel Flores Bernés  
Expediente: CNT-064-2009

*proporcionan los mejores, y en ciertos casos, los únicos servicios alternativos. La competencia en el mercado doméstico entre United y Continental también podría verse afectada. Los Solicitantes han ofrecido reducidos beneficios a los consumidores, que compensen los daños que se prevé podría causar la Solicitud; en contraste, el análisis del DOJ muestra que los operadores que participan en alianzas que no cuentan con inmunidad ofrecen precios menores a aquellos que participan en alianzas que sí cuentan con inmunidad.*

*En resumen, los Solicitantes no han justificado su extraordinaria solicitud de inmunidad. Por lo tanto, por estas y por las razones señaladas anteriormente, el DOJ considera que el DOT debería modificar su decisión.”<sup>13</sup>*

La autorización que otorga la mayoría del Pleno de la CFC es omisa respecto de las consideraciones vertidas con anterioridad, y se limita a señalar que la alianza comercial prácticamente no modifica el estado de las operaciones de los involucrados en el territorio nacional, en virtud de que las empresas no son competidoras en rutas directas. En este sentido, la autorización considera que el efecto de la operación es prácticamente nulo en México, y si bien reconoce que la alianza podría tener efectos en algunas rutas trasatlánticas con escalas en las que los agentes económicos coinciden, determina que es poco probable que se produzca una afectación a la competencia y libre concurrencia, en virtud de que en este tipo de rutas existen múltiples opciones para los usuarios.

Sin embargo, la autorización aludida 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 se vayan a dar efectos negativos que pudieran 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 en las que el DOJ ha señalado que la competencia se verá afectada.

---

<sup>13</sup> Páginas 42 y 43 de los comentarios del DOJ.

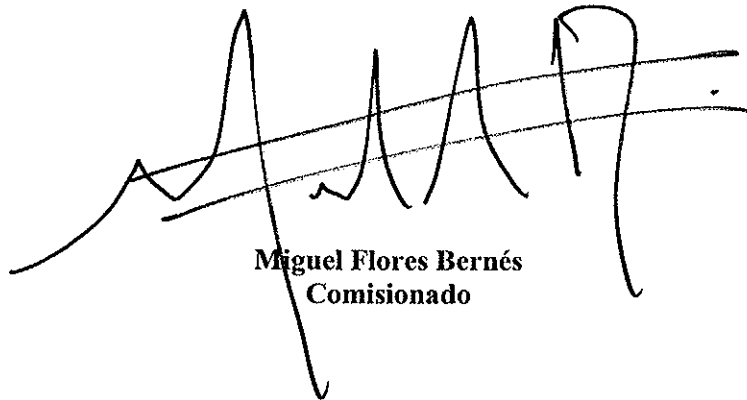


COMISION FEDERAL  
DE  
COMPETENCIA

**Voto Particular**  
**Miguel Flores Bernés**  
**Expediente: CNT-064-2009**

### **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 lo previsto por el artículo 9, 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**

