

MEMORANDUM

13 de febrero de 2015.

Para: Comisión Federal de Competencia Económica.

De: Galicia Abogados, S.C.

Asunto: Opinión | Comentarios al Anteproyecto de la guía para tramitar un procedimiento de Investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas.

En virtud de la consulta pública llevada a cabo por la Comisión Federal de Competencia Económica (la “COFECE” o “Comisión” de manera indistinta) referente al Anteproyecto de la guía para tramitar un procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas (el “Anteproyecto”) a continuación presentamos, una serie de comentarios referente al contenido de dicho documento.

Las opiniones se realizan bajo el mismo orden de los temas en el que se encuentra redactado el Anteproyecto.

I. Objetivos del Anteproyecto.

En el Anteproyecto se refiere que los objetivos del mismo consisten en los siguientes:

- a. Difundir la metodología, criterios y preceptos para desahogar un procedimiento de investigación por la posible existencia de una práctica monopólica relativa o concentración ilícita.
- b. Hacer del conocimiento las etapas del procedimiento de investigación por la posible realización de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas.

En el primer caso, el objetivo luce ilustrativo y necesario para conocer la metodología y criterios empleados por la Comisión para dar trámite a una investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas, las cuales mostrarían elementos que tendieran a proporcionar información que aclare lo ya previsto en los artículos correspondientes de la LFCE, a fin de que los agentes económicos y los practicantes cuenten con elementos adicionales a la LFCE y a las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica (“Disposiciones”), contribuyendo a generar certeza sobre la aplicación de los preceptos de la normatividad en materia de competencia económica.

En cuanto al segundo objetivo, debe señalarse que la descripción de las etapas del procedimiento de investigación se encuentra debidamente previstas en la LFCE, por lo que dicho objetivo parece ser un ejercicio consistente en presentar de manera resumida el desarrollo del proceso de investigación ya previsto en ley.

El ejercicio de elaboración de estas guías debe buscar proveer información sobre el contenido de las disposiciones aplicables de la LFCE y las Disposiciones, mediante los cuales se ofrezcan criterios, principios e incluso ejemplos que contribuyan a un mejor entendimiento de las disposiciones a las que se hace referencia.

A efecto de proponer un ejemplo sobre lo anterior, a continuación se hace mención de tres guías elaboradas en diferentes momentos, que muestran el tipo de información y aclaraciones que, en adición al contenido de los artículos aplicables de la legislación en materia de competencia, sirven de apoyo al gobernado para su mejor entendimiento. Así, estos documentos se vuelven instrumentos que ofrecen una guía de cómo entender una conducta que puede ser violatoria de la legislación en materia de competencia económica o como llevar a cabo un procedimiento bajo la misma normatividad.

1. **Declaraciones sobre la aplicación de la política de competencia económica en el sector salud** (*Statements of antitrust enforcement policy in Health Care*). Documento emitido por la Comisión Federal de Comercio de EE.UU. (*Federal Trade Commission*) y por el Departamento de Justicia de EE.UU. (*U.S. Department of Justice*) en agosto de 1996.

Mediante estas declaraciones las agencias antes referidas afirman que en virtud de la experiencia ganada en el sector salud, ofrecen una serie de principios flexibles y adaptables en materia de competencia económica, aplicables a conductas que son llevadas a cabo en el sector salud, tales como: (i) concentraciones entre hospitales; (ii) acuerdos entre hospitales para la compra de tecnología y equipo médico; (iii) intercambio de información entre hospitales; y (iv) la constitución de asociaciones de médicos, entre otras. A efecto de ilustrar lo anterior, a continuación se hace referencia de forma genérica a algunos los principios referidos en dicho documento:

- a. *Safe harbors*. Se proponen una serie de umbrales bajo los cuales se pueden llevar a cabo concentraciones entre hospitales, realizar compras conjuntas o intercambiar información entre los mismos, sin que lo anterior represente un preocupación para las agencias referidas;
- b. Se señalan casos mediante los cuales se especifican los elementos que las agencias toman en cuenta para considerar que las actividades en el sector salud puede generar un efecto contrario en el proceso de competencia;
- c. Se establecen una serie de recomendaciones bajo las cuales se pueden constituir asociaciones de médicos, sin que lo anterior represente una preocupación en materia de competencia para las agencias antes referidas;
y
- d. Se establecen condiciones mínimas para determinar si las exclusividades en las asociaciones de médicos pueden representar un riesgo en materia de competencia económica.

Los principios anteriores solamente se mencionan de manera enunciativa, sin que los anteriores deban entenderse como los principales criterios o la totalidad de los principios referidos en dicho documento.

2. **Guía para la Colaboración entre Competidores.** (*Antitrust guidelines for collaborations among competitors*). Documento emitido por la Comisión Federal de Comercio de EE.UU (*Federal Trade Commission*) y por el Departamento de Justicia de EE.UU. (*U.S. Department of Justice*) en abril del año 2000.

En esta guía se establece que el objetivo de la misma será asistir a las relaciones de negocios a fin evaluar si dichas relaciones podrían ser impugnadas por las agencias antes referidas. En este sentido, dicha guía ofrece principios, criterios y experiencia en industrias en específico, tales como las siguientes:

- a. Ejemplos de acuerdos entre competidores que pueden afectar el proceso de competencia, en los que se explican las razones que justifican lo anterior;
 - b. Descripción sobre el tipo de relaciones comerciales entre competidores que pueden darse en diferentes tipos de industrias, sin que puedan ser consideradas anticompetitivas;
 - c. Criterios acerca de cómo debe interpretarse la participación de mercado en este tipo de colaboraciones;
 - d. Criterios que justifican bajo que condiciones un arreglo entre competidores no resulta anticompetitivo;
 - e. Plazos sugeridos para la duración de las colaboraciones; y
 - f. *Safe harbors* que atienden a la participación de mercado de los agentes económicos que participan en la colaboración.
3. **Guías para las Concentraciones Horizontales.** (*Horizontal merger guidelines*). Documento emitido por la Comisión Federal de Comercio de EE.UU (*Federal Trade Commission*) y por el Departamento de Justicia de EE.UU. (*U.S. Department of Justice*) en el año 2006.

Esta guía busca dotar de elementos analíticos y principios a los solicitantes de una notificación de concentración en EE.UU. Al respecto, la guía se vuelve una herramienta exhaustiva al proveer diferentes herramientas metodológicas para: (i) llevar a cabo la definición de mercado; (ii) evaluar los efectos anticompetitivos; (iii) las barreras de entrada y (iv) las eficiencias. En cada uno de estos elementos, la guía proporciona diferentes herramientas o principios que ayudan a construir o evaluar los conceptos antes señalados. Ejemplo de lo anterior, se muestra al citar algunos de estos.

- a. Se proporcionan diversos *tests* para determinar el producto o el servicio que conformará el mercado relevante;

- b. Se proporcionan ejemplos casuísticos sobre la evidencia que se suele presentar para construir el mercado relevante;
- c. Se proporcionan ejemplos de costos de entrada que deben considerarse para diferentes industrias; y
- d. Se establece un periodo máximo de entrada, que en caso de no superarlo se puede considerar como una evidencia de la existencia de barreras.

La mención de los diversos criterios o principios extraídos de las guías no pretende sugerir que éstos mismos deberían de estar presentes en el Anteproyecto, sino se pretende mostrar que en otra jurisdicción el objetivo de las guías es dotar al gobernado de criterios que contribuyan a mejorar su entendimiento de las disposiciones a las que se encuentra sujeto, así como otorgar herramientas que le resulten útiles al momento de encontrarse sujeto a un procedimiento en materia de competencia económica.

Resulta muy importante mencionar que en todas estas guías se establece que, a pesar de los criterios y principios allí contenidos, cada caso en particular deberá ser analizado por sus propios méritos, para lo cual se realizará una revisión intensiva de los hechos en cada supuesto. En otras palabras, las guías ofrecen la ayuda suficiente para entender mejor la aplicación de la legislación en materia de competencia económica, bajo las advertencias y supuestos necesarios, a fin de no atar las manos de las agencias al momento de llevar a cabo sus funciones de supervisión y sanción.

II. Prácticas monopólicas relativas.

Bajo este tema, el Anteproyecto simplemente lista y agrupa la información referente a los supuestos bajo los que se puede llevar a cabo una práctica monopólica relativa, más no ofrece un criterio acerca de cómo deben interpretarse cada una de éstas prácticas monopólicas relativas. En beneficio del contenido del Anteproyecto, se asume que dicho ejercicio se realizará mediante la publicación de una disposición administrativa en términos del artículo 12, fracción XXII inciso “b)” de la LFCE.

En caso de no realizar lo anterior, el presente ejercicio resultaría poco ilustrativo pues no estaría proveyendo más información acerca de la forma en la que deben interpretarse cada una de las conductas dispuestas en el artículo 56 de la LFCE, así como tampoco se estarían aclarando puntos relevantes sobre los objetos o efectos anticompetitivos referidos en el artículo 54, fracción III de la LFCE, entre otros.

III. Concentraciones ilícitas.

El Anteproyecto realiza una recopilación de las disposiciones de la LFCE aplicables a las concentraciones ilícitas, sin embargo, no provee ningún elemento adicional pero el mejor entendimiento de estas concentraciones.

IV. Naturaleza, causa objetiva y duración del procedimiento.

Durante este tema, el Anteproyecto hace referencia a que la investigación iniciará una vez que cuente con una causa objetiva, para lo cual señala la definición de “causa objetiva” del artículo 71 de la LFCE, la cual se lee como “*cualquier indicio de la existencia de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas*”, sin embargo, el Anteproyecto no hace referencia a cuáles son los indicios que realmente contribuyen a identificar la realización de una conducta que eventualmente pueda resultar ser una práctica monopólica relativa.

Si uno de los objetivos de la guía en cuestión es hacer del conocimiento de los agentes económicos, de los practicantes, así como del público en general, los procedimientos de investigación, un ejercicio útil sería buscar en los antecedentes de investigaciones exitosas de la Comisión, el tipo de evidencia que ha resultado contundente para identificar una práctica monopólica relativa, y no volver a señalar los artículos de la LFCE que refieren los supuestos que dan lugar a que se acredite una práctica monopólica relativa o una concentración ilícita.

En la parte referente a la duración de las investigaciones, el Anteproyecto vuelve a citar los plazos previstos en la LFCE, actividad que resulta repetitiva, pues dichos plazos no están sujetos a muchas interpretaciones. Al respecto, resultaría más útil que el Anteproyecto informará acerca de las razones o características que hacen que una investigación dure 30 días o 5 periodos de 120 días. Cuando un agente económico comienza a analizar si decide o no interponer una denuncia por prácticas monopólicas relativas, desea contar con la mayor cantidad de información sobre las variables que operan en dicho procedimiento, por tanto, resultaría útil que la Comisión pudiera ofrecer cierta guía acerca de cuáles son los elementos a considerar para determinar que una investigación pudiera tomar 1 o 5 periodos.

V. Principales etapas de una investigación por posibles prácticas monopólicas relativas o concentraciones prohibidas.

El Anteproyecto refiere que la investigación está compuesta de diferentes etapas indagatorias, entre las que se encuentran: (i) formulación de hipótesis; (ii) diseño de investigación; (iii) análisis preliminar del mercado investigado; (iv) recolección de datos y evidencia; e (v) interpretación y análisis de datos y evidencia.

Para cada una de estas etapas, el Anteproyecto da una breve descripción de cada una de éstas, así como un resumen de cómo se llevarán a cabo, pero lo anterior parece resultar un ejercicio interno y recopilatorio, pues no se aportan elementos adicionales a los referidos en la LFCE o en las Disposiciones.

Para la primera etapa (formulación de hipótesis), se habla de los efectos anticompetitivos de la conducta, sin embargo, no ofrece mayores elementos metodológicos, ni tampoco hace referencia a su experiencia para poder definir los objetos o efectos anticompetitivos.

Los objetos o efectos anticompetitivos han sido uno de los elementos más oscuros al momento de identificar la realización de una práctica monopólica relativa, no obstante, el Anteproyecto no ofrece mayor claridad sobre esto. Así, continúa resultando incierto lo siguiente:

- a. ¿Cómo medir o identificar el desplazamiento de un agente económico?
- b. ¿Qué resulta suficiente para considerar que existe un impedimento para participar en el mercado? ¿es necesario no participar en el mercado? o ¿se requiere no aumentar ventas o ingresos en proporciones similares a los demás jugadores del mercado?
- c. ¿El tercero favorecido debe estar relacionado con el agente que lleva a cabo la conducta?

En fin, existen una serie de cuestionamientos que pueden derivarse de la interpretación de los objetos o efectos anticompetitivos, sin embargo, el Anteproyecto no tiende a ofrecer alguna guía que contribuya a dar una mejor comprensión de éstos.

Asimismo, en la parte referente a la recolección de datos y evidencia, el Anteproyecto se limita a señalar cuáles son sus medios de investigación y sus medidas de apremio, más no informa acerca de cuál es la evidencia que resulta más útil, tampoco hace mención a cuáles son los elementos probatorios más exitosos en las diferentes fases de la investigación, ni proporciona ejemplos de cuáles son los estudios que se pueden requerir o las fuentes confiables que se pueden consultar para construir evidencia económica.

Resulta muy común que al momento de intentar presentar evidencia ante la autoridad, surjan dudas acerca de fuentes, registros o bases de datos que la Comisión pudiera considerar que cuentan con el rigor científico que exige la autoridad, sin embargo, este Anteproyecto guarda silencio ante ese tipo de cuestionamientos.

VI. Dispensa y reducción de multas.

En el Anteproyecto se señala que de conformidad con el artículo 100 de la LFCE, al momento de solicitar el inicio de este procedimiento, los agentes económicos deberán proponer medios jurídicos y económicamente viables e idóneos para evitar llevar a cabo, o en su caso, dejar sin efectos, la práctica monopólica relativa o concentración ilícita objeto de la investigación. No obstante lo anterior, el Anteproyecto no aclara ni, propone criterios o principios acerca de cuáles son los elementos y/o características de “viabilidad” e “idoneidad” buscados en dichos procedimientos.

Asimismo, en el Anteproyecto se hace referencia nuevamente a la LFCE para señalar que en caso de que no se acepten los compromisos propuestos se reanudará el procedimiento de investigación. No obstante lo anterior, no se aclara cuál es el tratamiento que se le dará a la

información proveída al amparo de dicho procedimiento, así como tampoco se aclara si dicha información podrá ser empleada en el procedimiento de investigación reanudado.

Así, a lo largo de este tema se insiste en hacer un resumen del contenido de la LFCE sobre este procedimiento, y no se ofrecen criterios o principios basados en la práctica internacional o en la experiencia de la Comisión que contribuyan a un mejor entendimiento del procedimiento sobre el que versa el tema discutido.

* * *

Este memorándum no puede ser divulgado, distribuido o transmitido a cualquier otra persona distinta a su destinatario, o citado en cualquier otro documento o presentación, para cada uno de los casos anteriores, sin nuestro consentimiento previo por escrito.

Sin más por el momento, quedamos a sus apreciables órdenes en caso que tenga cualquier duda o comentario relacionado con el presente memorándum.

Atentamente,

Galicia Abogados, S.C.