

Informe sobre la consulta pública del Anteproyecto de Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos

Presentación

Este Informe se publica en cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 12, fracción XXII, tercer párrafo, inciso g) y 138, fracción II, de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), como parte del procedimiento de Consulta Pública al que la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) sometió el Anteproyecto de Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos (ANTEPROYECTO), por un periodo de treinta días hábiles, que corrieron del veintiocho de agosto de dos mil quince al nueve de octubre de dos mil quince (CONSULTA).

En dicho periodo se registraron veinte participaciones, en las que se presentaron sugerencias y comentarios al ANTEPROYECTO por parte de diversos agentes económicos, profesionistas, cámaras y asociaciones de empresarios o de industria. Asimismo, se recibió la opinión del Instituto Federal de Telecomunicaciones.

La COFECE agradece a todos aquellos que participaron en la CONSULTA, pues con sus invaluable aportaciones han fortalecido el instrumento que será emitido y la relación entre los sectores público y privado en materia de competencia económica. Con ello, la COFECE reafirma su inquebrantable compromiso con la transparencia y su cercanía con la sociedad.

La Guía de Intercambio de Información entre Agentes Económicos (GUÍA) tiene los siguientes beneficios:

- Orienta a los agentes económicos sobre los elementos que la COFECE considerará al evaluar los intercambios de información;
- Fortalece la certidumbre respecto al actuar de la COFECE frente a los intercambios de información y,
- Permite a los ciudadanos identificar si sus acciones de carácter comercial o económico podrían implicar riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia.

El contenido del ANTEPROYECTO es el siguiente:

1. Objetivo y alcance de la GUÍA;
2. Los principios generales y los elementos a considerar para determinar si los intercambios de información podrían resultar riesgosos para la competencia y sus posibles efectos en los mercados. Lo anterior, atendiendo a la naturaleza de la información, las características del mercado y los mecanismos para intercambiar información;
3. Situaciones que podían favorecer el contacto entre competidores y recomendaciones para los agentes económicos que intercambian información con el objeto de que eviten incurrir

en conductas anticompetitivas, así como otros elementos relacionados (consultas, programa de inmunidad, contacto y marco normativo.)

A continuación se resumen los aspectos relevantes que fueron planteados en la CONSULTA y las consideraciones a los comentarios recibidos, sin perjuicio de la postura que respecto de los mismos considere el Pleno, comentarios que pueden clasificarse dentro de los siguientes temas:

Cuestiones Generales

Se recibió la sugerencia de mencionar explícitamente que la aplicación del ANTEPROYECTO tendrá lugar sólo para investigaciones y procedimientos desarrollados por la COFECE respecto a las actividades económicas que se encuentran en su ámbito de competencia. Sobre este particular, se especifica que dicha puntualización será incluida en el ANTEPROYECTO.

Por otra parte, algunos participantes indicaron la necesidad de precisar algunas definiciones o ideas, por lo que se determinará la pertinencia de realizar dichas adecuaciones.

Concepto de Competidores

Algunos comentarios mencionaron que el concepto de competidores, tal como se presenta en la GUÍA no debe incluir competidores potenciales. Esta autoridad estudiará si es pertinente o no mencionar competidores potenciales en la definición, teniendo en cuenta el concepto para el análisis de las situaciones y conductas previstas en la Guía.

Aclaraciones respecto a que el intercambio de información no debe ser sancionado *per se*

Algunos participantes señalaron que el ANTEPROYECTO era omiso en señalar que el intercambio de información no se puede sancionar *per se*, puesto que manifestaron que hay intercambios de información que son legítimos. Si bien las prácticas monopólicas absolutas se sancionan por sí mismas en México, el ANTEPROYECTO establece que el intercambio de información será considerado práctica monopólica absoluta cuando tenga por efecto u objeto una conducta colusoria: (i) que exista evidencia de la intención de que el intercambio sea orientado a la colusión; (ii) que la naturaleza de la información sea estratégica, desagregada y reciente. Sin embargo, aún en ese supuesto se deberá analizar caso por caso, pues el grado de la desagregación y antigüedad de la información dependen de las características y de la dinámica de cada mercado.

Mejores prácticas internacionales

Algunos participantes manifestaron su preocupación que en el ANTEPROYECTO no se estén tomando en cuenta las mejores prácticas internacionales. No obstante, en la elaboración de la GUÍA la COFECE evaluó y consideró, entre otras fuentes, discusiones en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, guías de la Comisión Europea y autoridades de Estados Unidos; así como casos relevantes de diversos países y documentos de expertos internacionales en la materia.

Prácticas relativas que podrían actualizarse por intercambio de información

Algunos participantes manifestaron preocupación porque el ANTEPROYECTO no presenta un listado de las prácticas monopólicas relativas que pudieran actualizarse en razón de un intercambio de información. Al respecto, se revisará lo conducente.

Detalles sobre cómo el intercambio de información impacta en relaciones verticales

Se considera que el mecanismo más conveniente para aclarar este punto es la presentación de una consulta específica a la COFECE por parte de los agentes económicos, puesto que es imposible prever cada supuesto en la GUÍA. Sin perjuicio de lo anterior, se analizan las propuestas presentadas.

Sobre los riesgos y recomendaciones para el intercambio de información

Algunos comentarios señalaron diversas preocupaciones sobre el apartado de recomendaciones que contiene el ANTEPROYECTO. Al respecto, se señala que el objetivo de la GUÍA es orientar a los agentes económicos a partir de las mejores prácticas internacionales. Si bien de inicio no se considera conveniente especificar listados de situaciones en industrias particulares, toda vez que el análisis debe llevarse a cabo caso por caso, esta autoridad evaluará la pertinencia de incorporar las inquietudes manifestadas.

Intercambios de información previstos en la legislación

Algunos comentarios versaron sobre la consideración de armonizar el ANTEPROYECTO con diversas disposiciones relacionadas con otras materias las cuales permiten los intercambios de información entre competidores. Al respecto, se reconoce que existen casos en los que las leyes mexicanas prevén este tipo de intercambios, por lo que se analizarán. Lo anterior, sin perjuicio de que el análisis de esta autoridad deba realizarse caso por caso y en atención a la normativa de competencia.

Inteligencia comercial

Se presentaron comentarios sobre la necesidad de que el ANTEPROYECTO se pronuncie sobre la validez de la llamada inteligencia comercial. Sobre este punto, se evaluará la conveniencia de dar mayores elementos a fin de aclarar los posibles límites y consecuencias de este tipo de prácticas.

Zonas seguras

Algunos participantes señalaron la conveniencia de que la COFECE se pronuncie sobre zonas seguras (*safe harbors*, en inglés) en materia de intercambio de información entre competidores, para que los agentes económicos tengan certeza sobre la legalidad de su actuar. Al respecto, se considera que el ANTEPROYECTO establece parámetros que brindan mayor certidumbre sobre lo que podría ser considerado un intercambio contrario a la ley de competencia. Sin embargo, se estudiará si lo planteado es posible o bien, tendría que llevarse a cabo un análisis caso por caso.

Presunción *iuris tantum* de la licitud del intercambio de información si existen beneficios a la competencia

Algunos participantes sugirieron que debería existir una presunción *iuris tantum* de la licitud del intercambio si en virtud del mismo se presentan beneficios para la competencia y libre concurrencia. Al respecto, se señala que el objeto de la GUÍA no es establecer presunciones, sino parámetros de orientación. El establecimiento de presunciones conllevaría el riesgo de limitar indebidamente las facultades de investigación y sanción de la COFECE.

Grado de agregación de la información

Algunos comentarios versaron sobre la posibilidad de que la GUÍA establezca los grados permisibles de agregación de la información. Se determinará si es posible señalar en abstracto ese tipo de cuestiones, o si es preferible hacer un pronunciamiento cuando se atiendan casos específicos en los diversos mercados, considerando los parámetros señalados en el ANTEPROYECTO.

Antigüedad de la información

Algunos participantes manifestaron que el ANTEPROYECTO debería aclarar los criterios para determinar qué información se considera histórica a efecto de determinar el riesgo al momento de ser intercambiada. Con relación al planteamiento, se evaluará la posibilidad de

definir un parámetro temporal; o si por el contrario, es pertinente atender a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, para que sean los propios agentes económicos quienes evalúen sus intercambios de información.

Convenios de colaboración entre competidores

Algunos comentarios sugirieron incluir en la GUÍA un apartado sobre convenios de colaboración entre competidores con mucho más detalle. Sin embargo, se considera que el tema de colaboración entre competidores es un tema más amplio, por lo que esta autoridad evaluará la pertinencia de emitir una guía sobre el tema en su momento.

Cuestiones sobre intercambios de información en mercados o industrias específicas

Algunos comentarios versaron sobre la posibilidad de incluir en la GUÍA mayores elementos o ejemplos relacionados con industrias o mercados en particular, en materia de intercambio de información. En este caso, se determinará si es posible que el contenido del ANTEPROYECTO abarque situaciones casuísticas, o si para ello se requerirá el planteamiento de consultas concretas a la COFECE.

Comunicados unilaterales

Se presentaron comentarios que expresaron diversas preocupaciones relacionadas con los comunicados unilaterales. Sobre el particular, se adicionan mayores elementos que permitan especificar los casos en los que esta figura podría resultar contraria a la legislación en materia de competencia económica.

Intercambios de información en licitaciones públicas

Algunos comentarios señalaron la necesidad de que el ANTEPROYECTO prevea exclusiones de responsabilidad en ciertos casos tratándose de licitaciones públicas. La COFECE analizará los planteamientos, sin embargo es importante señalar que la COFECE se ha manifestado anteriormente en contra del uso inadecuado de ciertas reglas en licitaciones públicas que favorezcan la colusión.

Consultas sobre intercambios de información

Algunos participantes mencionaron que consideran prudente que sea la Autoridad Investigadora la que responda las consultas en materia de intercambio de información, esto en razón de sus atribuciones para analizar los intercambios de información en el marco de las investigaciones que lleva a cabo. Sobre este punto se toma nota de sus comentarios.



Comisión
Federal de
Competencia
Económica

Conclusión

Es interés de esta COFECE señalar que todas las consideraciones contenidas en este documento están siendo analizadas a la fecha de publicación del presente Informe, y que el documento definitivo objeto de este proceso de CONSULTA aún se encuentra en proceso de elaboración.