

México, D.F. a lunes 9 de noviembre de 2015

De: Global Economics Group

A: Comisión Federal de Competencia Económica

**REF: Comentarios a la Guía para tramitar un
procedimiento de investigación por prácticas
monopólicas absolutas**

El presente escrito se elabora en respuesta a la consulta pública emitida por la Comisión Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo COFECE) respecto de la Guía para tramitar un procedimiento de investigación por prácticas monopólicas absolutas (en adelante la GUÍA).

Desde Global Economics Group (Global Econ) aprovechamos para agradecer a la COFECE los esfuerzos para clarificar un tema de tanto impacto para la sociedad como lo es la investigación de cárteles y acuerdos colusorios, así como la oportunidad de participar a través de esta consulta pública.

A continuación, enumeramos los puntos de mayor interés que hemos podido identificar en el documento. Para facilitar la lectura, en primer lugar, se explicarán las preocupaciones generales sobre la GUÍA en términos de la concepción más abstracta de los procedimientos de investigación y de política pública. Seguido de ello, se plantean comentarios específicos sobre algunos elementos particulares de los contenidos de la GUÍA.

I. Comentarios Generales al Texto

El texto sometido a consulta pública explica detalladamente la metodología que la Autoridad Investigadora (AI) lleva a cabo en los procedimientos de investigación de

prácticas monopólicas absolutas (en adelante, PMAs). El hecho de que el público general tenga a su disposición una guía que de manera clara y concreta es un elemento de transparencia muy aplaudido. Sin embargo, consideramos que sería muy positivo que se incluyeran elementos adicionales en la Guía relacionados con el diseño de política pública y las herramientas con las que ésta puede ser evaluada; así como otros elementos concernientes con la óptima asignación de recursos públicos orientados a la solución del problema de interés público que se combate –los acuerdos colusorios– y los riesgos que conllevan estos procedimientos, y; finalmente, consideraciones científicas precisas sobre los pasos en la metodología y elementos científicos relacionados con las investigaciones de PMAs.

En particular, los elementos que, en nuestra opinión deberían ser considerados para aprovechar áreas de oportunidad en el diseño del procedimiento de investigación serían, principalmente, los siguientes:

a. Rendición de cuentas de los procedimientos de INVESTIGACIONES DE PMAS

Los procedimientos de investigaciones de prácticas monopólicas absolutas son una de las muchas herramientas con las que cuenta la política de competencia y ésta, como tal, es una política pública. Partiendo de esta premisa, es importante destacar que las políticas públicas, así como sus herramientas, deben ser diseñadas e implementadas considerando elementos de rendición de cuentas (*accountability*) que permitan a la ciudadanía estar informados de las acciones realizadas por el gobierno y ser partícipes en la evaluación de la acción pública que se realiza sobre sus acciones, decisiones e, incluso, sus omisiones.

En este sentido, es claro que un procedimiento de investigación de PMAs tiene un resultado exitoso si, mediante éste, la Autoridad Investigadora acredita la existencia de un acuerdo colusorio dañino para el mercado. En cuyo caso habrá elementos suficientes para evaluar positivamente la acción de la AI. No obstante, si el procedimiento no resulta en tal acreditación –sobre la existencia de un acuerdo colusorio–, bajo el enfoque actual, no son

muchos los elementos que se tenga a disposición para la evaluación práctica de esta herramienta específica de política de competencia.

Vale la pena destacar que, como lo señala la Guía, uno de los posibles resultados de un procedimiento de investigación es que no se encuentren elementos suficientes para suponer la existencia de una PMA. No obstante, el documento omite considerar que esta circunstancia puede ser por dos motivos: 1) no existe un acuerdo colusorio, y; 2) la investigación fue deficiente en alguna de sus etapas y, por lo mismo, no fue exitosa en recabar los elementos que permitieran la acreditación de una PMA. Esta segunda posibilidad también se relaciona de manera directa con el error tipo II –o falso negativo– en política de competencia: no acreditar la comisión de una conducta anticompetitiva cuando ésta sí existe.

Por lo anterior, consideramos que la Guía debe considerar el riesgo que deriva de la circunstancia en la que no se acreditó la PMA a razón de una investigación deficiente o mal orientada. La Guía toma en cuenta que en caso de que la información recabada no confirme una hipótesis originalmente planteada, pueden suscitarse dos escenarios: reformulación de hipótesis –en cuyo caso, la investigación de PMA se reorienta a fin de contrastar la nueva hipótesis– o propuesta de cierre en virtud de que se encontró información que, entre otros, confirme la inexistencia de elementos para adecuar la conducta investigada a alguna de las fracciones del artículo 53 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE). Creemos que, a efecto de minimizar el riesgo de error tipo II en una circunstancia de cierre, debería de existir un estándar mínimo de prueba para confirmar efectivamente la inexistencia de elementos –lo cual en razonamiento deductivo es en extremo difícil, salvo en una conjunción en la que un acuerdo colusorio sea condición necesaria de un resultado específico de mercado. Este estándar mínimo debería estar orientado a acreditar la existencia de otros elementos que permiten dar una explicación razonable y plausible al comportamiento observado en el mercado distinto a la colusión.

Creemos que un estándar adecuado para estos fines sería el uso de versión *ad hoc* de una Teoría de Daño. El requisito de presentar una Teoría de Daño impone un enfoque lógicamente consistente con la evaluación de la conducta anticompetitiva –o no anticompetitiva. En este sentido, adecuada específicamente con el objeto de descartar una conducta colusoria, la Teoría de Daño debería estar orientada bajo las siguientes características: a) tiene que ser lógicamente consistente, b) reflejar los incentivos que los diferentes agentes económicos enfrentan, c) estar en línea con la evidencia económica, y; d) demostrar que no se daña el proceso de competencia y libre concurrencia a través de la existencia de un acuerdo colusorio.

Consideramos que acompañar los procedimientos de investigaciones de una Teoría de Daño otorgaría una mayor consistencia interna al procedimiento –que le otorgue mayor transparencia y posibilidades de ser evaluado positivamente en sus acciones y decisiones– y minimizaría las posibilidades de cometer un error tipo II. Así, si la investigación de PMAs no arroja evidencia sobre la existencia de un acuerdo colusorio, pero encuentra la acreditación de elementos de una Teoría de Daño sobre una explicación alternativa del comportamiento observado y de los elementos que conformaron la causa objetivo o indicios por los cuales se abrió la investigación, se minimiza la posibilidad de que la propuesta de cierre de investigación ponga en tela de juicio el nivel de esfuerzo, el diseño de investigación y las hipótesis de trabajo de la AI, pudiendo resultar en evaluaciones negativas sobre sus acciones e, incluso, omisiones. En contraste, si tampoco se puede acreditar una Teoría de Daño en este sentido, se podría considerar una llamada preventiva hacia la AI, para que tuviera que reformular sus hipótesis y estrategia de investigación a efecto de agotar las posibilidades y reorientar sus esfuerzos para detectar y acreditar la comisión de este tipo de prácticas.

b. Criterios de eficiencia en la planeación y el uso de recursos

Otra área de oportunidad que identificamos en la GUÍA es respecto de la inclusión de criterios de eficiencia en la administración de los recursos con los que cuenta la AI para la diligencia de una investigación sobre PMAs. En este sentido, consideramos que la

asignación de los recursos hacia un procedimiento debe también estar en función de la dificultad que conlleve la acreditación de una práctica, así como el impacto que tenga ésta sobre el mercado.

Es posible considerar ciertos elementos para distinguir *a priori* aquellas circunstancias en la que la acreditación de un acuerdo podrá ser relativamente sencilla o complicada. Asimismo, ciertos elementos también pueden sugerir si un acuerdo colusorio será muy dañino para el mercado o si sus efectos pueden ser menores. Por esta circunstancia, consideramos que la primera etapa de una investigación por PMA debe ser la realización del Análisis Preliminar del Mercado. Como resultado de este análisis se podrían tener elementos para determinar qué tan proclive es el mercado a colusión y qué tanto puede afectar una colusión al mercado.

Si bien sabemos que los acuerdos colusorios se sancionan *per se*, a razón de que en su análisis no caben argumentos de eficiencia para justificar su comisión; es importante notar que la magnitud del daño que pueda provocar al mercado una colusión dependerá de ciertas condiciones. En particular, la literatura económica ha identificado que, con el objetivo de coludirse, las empresas enfrentan dos problemas interrelacionados: lograr un acuerdo entre ellas sobre precios o cantidades (*achievement*), y; dados los incentivos a hacer trampa, tienen que buscar mecanismos para “hacer valer los acuerdos” (*enforcement*). Qué tan proclive sea un mercado a padecer de un acuerdo colusorio dependerá de que ciertas condiciones estén presentes en la industria. Estas condiciones usualmente suelen comprenderse en dos conjuntos de elementos: factores estructurales y prácticas facilitadoras. De estas características dependerá si es factible o no lograr un acuerdo colusorio y, análogamente, qué tan probable será que el acuerdo colusorio perdure y sea estable. Asimismo, del examen de estos elementos se podrá determinar el poder de mercado que pueden obtener las empresas mediante este tipo de acuerdos a efecto de provocar daños mayores en el mercado.

Así, se podrá distinguir que en algunas circunstancias podrán gestarse acuerdos colusorios que –por las características de la industria, el mercado y de sus integrantes– tengan efectos

dañinos muy importantes sobre el bienestar económico y habrá otros casos en que los efectos de un acuerdo colusorio sean menores bien porque el acuerdo no confiere mayor poder a las empresas que se coluden, enfrenta restricciones importantes para alcanzarse o los incentivos que tienen las empresas a desviarse del acuerdo son mayores y éste es poco estable y durará un periodo de tiempo muy corto.

Dado lo anterior, la recomendación es que la asignación de recursos humanos, técnicos y de otra índole con los que cuenta la AI dé prioridad a aquellos casos en que un acuerdo colusorio será muy difícil de acreditar –por su naturaleza secreta– y que, además, tenga impactos importantes en el mercado –porque existan factores estructurales y prácticas facilitadoras que hagan que el mercado sea proclive a la colusión. Se recomienda que estas decisiones estén basadas sobre medidas verificables y establecidas de manera *ex ante*. Por ejemplo, se pueden calificar a los acuerdos colusorios en distintas categorías de acuerdo al grado de dificultad para acreditar la práctica. Pueden tomarse las siguientes categorías: (i) muy difícil de acreditar (no hay ningún elemento de prueba de la práctica), (ii) medianamente difícil de acreditar (cuando existe evidencia sobre la existencia de la práctica, pero dicha evidencia no es suficientemente probatoria en un procedimiento administrativo), (iii) relativamente sencilla de acreditar (cuando existen elementos probatorios suficientes y que se espera que los mismos sean fácilmente admitidos en el procedimiento). Adicionalmente, para el caso del tamaño de los efectos en el mercado, puede establecerse un monto en millones de pesos para determinar el grado de asignación de recursos humanos a designar. Dicho monto puede estar relacionado con el tamaño del mercado o alguna medida similar.

Las decisiones sobre la asignación de recursos será uno de los principales productos del Análisis Preliminar del Mercado y, consideramos, que éste debe ser efectivamente uno de los primeros pasos a tomar en el desarrollo de un procedimiento de investigación; previo a las demás etapas del procedimiento que muestra la GUÍA (formulación de hipótesis, diseño de investigación, recolección de datos e interpretación).

c. Replantear la metodología como un proceso lineal, recurrente y retroalimentado

Finalmente, consideramos que un punto relevante a considerar para la Guía es la reconsideración sobre las etapas de la acción indagatoria. Es importante tomar en cuenta que la indagatoria versa sobre la verificación de un fenómeno social –un acuerdo entre agentes competidores. En este sentido, es meritorio que la misma esté basada en los estándares científicos y técnicos más estrictos y, para ello, adopte criterios metodológicos comúnmente usados en la construcción de ciencias sociales. Dicho lo anterior, nos parece que sería muy positivo considerar las etapas del proceso indagatorio como un proceso lineal, recurrente y retroalimentado en lugar de que, como lo señala la GUÍA, las etapas se desarrollen y sucedan de manera simultánea durante el proceso indagatorio.

En este sentido, creemos que la reformulación de las etapas del proceso indagatorio bajo este enfoque daría una mayor consistencia interna al procedimiento de investigación de PMAs, además de otorgarle mayor rigurosidad y orden al mismo. De esta forma, también se minimiza el riesgo de que el procedimiento considere ciertas hipótesis de inicio y después sea orientado de forma distinta eludiendo la posibilidad de contrastar dichas hipótesis y dejarlas sin aceptar o rechazar adecuadamente. La adopción de un enfoque metodológico lineal, garantizaría que el proceso de investigación fuera exhaustivo, cuestión que no es cierta cuando éste es objeto de modificaciones sobre la marcha.

Asimismo, se propone un orden distinto para las etapas del procedimiento; éste sería como sigue:

1. Análisis preliminar del mercado investigado
2. Formulación de una hipótesis
3. Diseño de la investigación
4. Recolección de datos y evidencia
5. Interpretación y análisis de datos y evidencia.

Comenzar el proceso indagatorio en la etapa del Análisis Preliminar del mercado investigado conlleva, al menos, dos importantes ventajas: 1) permite tener una concepción definida sobre la dificultad del caso y el impacto que pueda tener la investigación de

manera que se decida en función de ello los recursos que se asignarán al procedimiento –tal y como se mencionó a lo largo del apartado anterior de la presente sección–, y; 2) el conocimiento que se adquiriera sobre el mercado en esta etapa, permitirá una mejor definición de las hipótesis de trabajo en la siguiente etapa. Así, también se minimiza el riesgo de formular hipótesis inadecuadas y poco aplicables al caso en cuestión. Por ejemplo, buscar evidencia sobre fijaciones de cantidades cuando la competencia en el mercado –y la posible colusión– se da en la dimensión de precios o viceversa.

En adelante, el procedimiento debería continuar con la formulación de la hipótesis y continuar con el diseño de investigación –etapa en la que se nombra el equipo que será encargado de desahogar el procedimiento de investigación– bajo las consideraciones de lo que se desea probar –derivado de la hipótesis de trabajo– y la dificultad y los métodos para probarlo –encauzado por el conocimiento previo del mercado que se investiga y por las técnicas adecuadas para contrastar la hipótesis.

Seguido, se tendría que realizar la recolección de datos y evidencia orientados sobre la hipótesis de trabajo y las técnicas para contrastarla. El que la recolección de datos y evidencia sea una etapa posterior a la formulación de hipótesis y el diseño de investigación también conlleva la ventaja de disminuir los altos costos que implica para los particulares que la AI formule requerimientos de información muy extensivos que, incluso, demanden información que a la postre podría no ser útil para el procedimiento. Tanto en ciencias sociales, como en un procedimiento indagatorio, este riesgo es más probable cuando el procedimiento se vuelve una suerte de pesquisa como producto de un mal enfoque metodológico y no se tiene una buena comprensión del fenómeno específico que se busca acreditar por el investigador. Asimismo, cuando se verifica esta circunstancia, la investigación corre el riesgo de ser poco efectiva, eficiente y de incurrir en elevados costos administrativos.

Finalmente, seguiría la interpretación de los datos y la evidencia recolectada. Tal y como se menciona en la GUÍA, en caso de que la hipótesis en la que se actualice la existencia de una práctica monopólica absoluta se acepte, la Dirección General de Investigaciones de

Prácticas Monopólicas Absolutas procedería a la elaboración de un proyecto de Dictamen de Probable Responsabilidad. Caso contrario, podría venir la reformulación de la hipótesis –lo que da la cualidad de cíclico y recurrente al proceso de investigación y su metodología– o la propuesta del cierre de investigación considerando los elementos mencionados en el primer apartado de la presente sección.

II. Comentarios Particulares

En la presente sección se realizan comentarios específicos y particulares que consideramos darían un mejor entendimiento al público general sobre los contenidos de la GUÍA.

a. Determinación del carácter de competidores vs determinación de que los agentes participan en el mercado

En la sección III de la Guía (página 8) se menciona que “En relación con que dicho convenio, contrato o arreglo sea entre Agentes Económicos competidores entre sí, la Comisión debe determinar **si dichos agentes participan en el mercado investigado**”. Al respecto, consideramos que, en concordancia con el artículo 53, la Comisión debe determinar que los agentes son competidores entre sí. Dado que no es necesario definir un mercado relevante en las investigaciones por PMAs, definir sólo un mercado investigado podría llevar al error de que se acredite dicha participación cuando en realidad exista una dimensión en la dinámica de competencia que impida que los agentes sean competidores entre sí. Por ejemplo, si el mercado investigado es el de tortillerías, debería ser claro que dos tortillerías entre las cuales exista una distancia muy grande sí participan en el mercado investigado, pero no son competidores entre sí.

b. Indicios de prácticas monopólicas absolutas

En el apartado 2 de la sección IV (página 11), se mencionan los indicios de una probable práctica absoluta que derivan de las Disposiciones Regulatorias. Consideramos que la GUÍA debería mencionar que esos indicios no son los únicos que se pueden tener para que la

Al sospecho que se está cometiendo una PMA en un mercado. En este sentido, la literatura económica ha desarrollado en las últimas dos décadas diversas técnicas estadísticas (de *screening*) y marcadores colusorios que son muy útiles para sospechar (o eliminar sospechas) de que en un mercado se están llevando a cabo acuerdos colusorios. El *screening* es un proceso por el cual se identifican mercados o industrias en los que la existencia de un cártel es probable a través del análisis económico y estadístico. Un *screen* es una prueba estadística para identificar mercados en los cuales existan problemas de competencia y para determinar –si un problema existe– cuáles son las empresas en el mercado que probablemente están involucradas en una conspiración. Típicamente los *screens* son utilizados para analizar bases de grandes datos. El algoritmo tiene como objetivo identificar anomalías en los datos que no pueden ser explicadas mediante un modelo competitivo pero que sí pueden ser explicados si las empresas estuvieran participando en un acuerdo colusorio.¹

c. Obligación de cooperar con la investigación

En el apartado 4 de la sección IV (página 17), se menciona que “[e]s importante señalar que toda persona tiene la obligación de cooperar con la investigación”. En esta parte, conviene la aclaración respecto de que la LFCE establece que dicha obligación aplica exclusivamente a toda persona que tenga conocimiento o relación con algún hecho que investigue la Comisión o con la materia de sus procedimientos en trámite y no, como sugiere la GUÍA a cualquier persona.

¹ Joseph E. Harrington, “Detecting Cartels”, en *Handbook of Antitrust Economics*, ed. Paolo Buccirossi (MIT Press, 2008). En este capítulo, Harrington ofrece una excelente reseña de los distintos *screens* que han sido desarrollados para detectar carteles. También se puede consultar Rosa M. Abrantes-Metz, “Roundtable on Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels”, *Disponible en SSRN 2343465*, 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2343465.