



Centro de Estudios de
Competencia y Regulación



Octubre 9, 2015

Para: Comisión Federal de Competencia Económica

De: Rodrigo Morales Elcoro
LibreInterCambio,
Centro de Estudios de Competencia y Regulación
Facultad Libre de Derecho de Monterrey

Re: Consulta Pública: Guía para el Intercambio de Información

Por medio de la presente ofrecemos nuestros comentarios y sugerencias a la Consulta Pública convocada por la Comisión acerca del anteproyecto de Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos.

En materia de intercambio de información, la Comisión no solamente debe evitar conductas anti-competitivas sino también asegurar proactivamente la generación eficiente de información. Inhibir la difusión de información que contribuye a reducir los costos de búsqueda del consumidor, la evaluación del desempeño de los agentes económicos y/o que estimula una competencia más agresiva, impondría barreras artificiales a la competencia.

Estimular la generación eficiente y procompetitiva de información y evitar su uso anticompetitivo requiere aplicar diversos instrumentos, crear los incentivos correctos y adoptar una difusión prudente de los principios que se derivan de la Ley. Utilizar un solo instrumento a todas las situaciones que involucran intercambio de información, limitar la difusión de las opiniones que la Comisión emita al respecto, o adoptar una retórica exageradamente adversa en relación al uso compartido de información puede derivar en una regulación ineficiente y un cumplimiento innecesariamente oneroso desde un punto de vista social. La congruencia de los criterios y precedentes que orienten al derecho mexicano con el derecho internacional de la competencia resultará crucial para permitir una operación eficiente en los mercados.

Por ello, se considera que la autoridad debe asegurar un balance delicado al regular el intercambio y difusión de información:

- i) Debe prevenir efectivamente el abuso de información sensible como mecanismo para coordinar decisiones estratégicas entre competidores y evitar el desplazamiento indebido por medio del acceso discriminatorio a información clave de mercado;
- ii) Debe promover la generación de información que contribuye al funcionamiento eficiente de los mercados;
- iii) Los incentivos que la autoridad establezca mediante lineamientos, posicionamientos públicos y a través de opiniones y precedentes, no deben imponer costos regulatorios excesivos; y,
- iv) La Comisión debe aplicar estrictamente el texto de la LFCE y, dentro del margen que la misma Ley le otorga, debe armonizar sus criterios con la práctica internacional.

A continuación se resaltan algunos aspectos que podrían ser relevantes en la redacción final de la Guía.

1. La LFCE no considera ilícito per se el intercambio de información

De una lectura rigurosa y estricta de la fracción V del artículo 53 de la Ley se desprende que la legislación mexicana no considera genéricamente al intercambio de información entre competidores como una infracción *per se*. De manera expresa, la fracción V incorpora un análisis estructurado, distinto al de las fracciones previas, que requiere acreditar no solamente un acuerdo entre competidores para intercambiar información sino también demostrar que tal acuerdo conlleva la intencionalidad o finalidad de manipular precios, restringir la oferta, establecer cuotas, etc., o bien conduce al efecto de materializar una de las conductas tipificadas en esas fracciones.

El intercambio de información entre competidores cuyo objeto o efecto sea alguna de las conductas listadas en las fracciones I a IV del artículo 53 de la Ley constituye una práctica monopólica absoluta en el sentido de que, una vez acreditado el efecto o la intencionalidad de coordinar precios, cuotas, etc., resulta inadmisibles una defensa basada en eficiencias. Ello no justifica una aplicación mecánica de la fracción V. Evaluar los efectos de un intercambio de información e incluso su objeto requiere entender las posibles razones comerciales compatibles con la LFCE que pueden motivarlo, la dinámica del mercado, la naturaleza de la misma información y la mecánica del intercambio. En consecuencia, un estudio similar al de eficiencias resulta necesario para entender el propósito, alcance y efectos de la conducta – aunque en caso de acreditar un propósito o efectos de coordinación, no procede contrastar eficiencias frente a efectos anti-competitivos.

Se configura así una especie de *regla de la razón asimétrica* en la evaluación del intercambio de información: evidencia contundente sobre la intencionalidad o el efecto de coordinar estrategias no puede ser refutada por argumentos sobre las mayores eficiencias de compartir información; no obstante, la existencia de eficiencias de compartir información puede constituir un indicio de un propósito razonable y de efectos compatibles con la Ley.

La evaluación del intercambio de información es una de las áreas más controversiales en el derecho de la competencia. Criterios poco transparentes colocarían a los Agentes Económicos en una situación de incertidumbre respecto a las conductas que son lícitas e inhibiría actividades que pueden elevar el bienestar social. Por ello resulta importante establecer las condiciones que detonarían una investigación sin llegar al extremo de definir conductas *per se* ilícitas –el análisis requerido por la fracción V del artículo 53 de la Ley no permitiría hacerlo. Una ventaja de establecer reglas claras *per se* detonantes de una investigación es permitir a cada Agente Económico contrastar los beneficios lícitos de compartir información con las contingencias jurídicas que se pueden derivar de ello, idealmente estimulando una generación socialmente óptima de información.

2. Uso integral de Mecanismos y Procedimientos al regular el Intercambio de Información

La Comisión debe prevenir y corregir abusos y efectos anticompetitivos al compartir información mediante toda la gama de medidas normativas que ofrece la Ley –combinando la aplicación del artículo 53 de la Ley, en casos de una intención dolosa de establecer un cartel y/o la presencia de efectos inequívocamente conducentes a mantener y vigilar un acuerdo ilícito o conductas coordinadas; los artículos 54 a 56 en los casos de un uso de la información como instrumento de desplazamiento indebido; el artículo 86 en procesos que involucren la notificación preventiva de concentraciones; y, el artículo 94 de la Ley en casos de intercambios incipientes, no dolosos y con efectos posiblemente mixtos sobre las condiciones de competencia.

Utilizar un solo instrumento para prevenir el intercambio anticompetitivo de información limitaría la efectividad y oportunidad en su corrección. En especial, se sugiere utilizar el

artículo 94 de la Ley como un medio alternativo para eliminar o corregir oportunamente mecanismos de información no diseñados intencionalmente con propósitos colusivos y que pudieran requerir ajustes menores, que incluso podrían ser propuestos por los mismos Agentes Económicos involucrados.

En efecto, un intercambio de información entre competidores podría también considerarse como una Barrera a la Competencia, en términos de la fracción III del artículo 3 de la Ley, e investigarse de acuerdo al procedimiento establecido en su artículo 94. La experiencia mexicana reciente sugiere que llevar a cabo una investigación por prácticas monopólicas absolutas, establecer evidencia del probable objeto o efecto anticompetitivo de la conducta, desahogar el procedimiento subsecuente, y emitir una resolución que acredite la responsabilidad, toma generalmente entre dos y cuatro años. A diferencia de otras jurisdicciones, en la legislación mexicana no existe un mecanismo mediante el cual los agentes involucrados puedan solicitar la terminación anticipada de una investigación ofreciendo condiciones que supriman la posible infracción en el caso de prácticas monopólicas absolutas. Una vez emitido el DPR, en vista de la misma severidad de las sanciones y de sus implicaciones penales, los agentes económicos acusados tienen los incentivos de negar cualquier objeto y/o efecto anticompetitivo, no de suprimir la conducta, especialmente cuando se trata de una práctica como compartir información –retardando la corrección del problema.¹

El procedimiento establecido en el artículo 94 de la Ley constituye una vía alterna que podría dar una mayor flexibilidad y oportunidad en la corrección de sistemas de información en casos en los que claramente no exista una intencionalidad dolosa, pero la desagregación o lo reciente de los datos pudiera implicar ciertos efectos no intencionados adversos a la competencia. Adoptar esta vía en un conjunto acotado de casos, en lugar de proceder por la del artículo 53, podría ser un medio más oportuno para corregir el problema –incluso contando con una mayor cooperación de los propios Agentes Económicos y posibles propuestas de su parte para eliminar los efectos nocivos de la generación e intercambio de información.

Si bien, el procedimiento de investigación de barreras a la competencia requiere demostrar que no existen condiciones de competencia efectiva, tiene la ventaja de que resulta innecesario acreditar la existencia de un acuerdo. Si en el curso de la investigación, la Comisión encuentra evidencia de una intención dolosa o cualquier otro agravante, podría proceder a iniciar un procedimiento por prácticas monopólicas absolutas.² Una carga adicional

¹ Si bien, la fracción IX del artículo 12 y la fracción I del artículo 135 de la LFCE establecen la posibilidad de ordenar la supresión de una conducta prohibida por la Ley en cualquier momento de la investigación o del procedimiento en forma de juicio, esta facultad nunca ha sido ejercida, como tampoco se ha aplicado la fracción IV bis del artículo 24 ni el artículo 34 bis 4 de la LFCE abrogada. Adicionalmente, la suspensión se restringe a conductas que impondrían un “*daño de difícil reparación*”, condición que podría excluir su aplicación a investigaciones por objeto y a conductas incipientes o no particularmente graves pero que podrían imponer distorsiones a la competencia.

² De hecho, la posibilidad de abrir un procedimiento por prácticas absolutas induciría una mayor cooperación de los Agentes Económicos involucrados.

para la Comisión sería acreditar que las medidas impuestas –la orden de suspender la publicación de la información o modificar sus características– generarán eficiencias en beneficio del consumidor. En los casos en los que no se está en presencia de una estrategia descarnada de defraudación al consumidor, este tipo de contraste entre riesgos y eficiencias del intercambio de información sería congruente con las mejores prácticas internacionales.

El mecanismo propuesto es en cierta medida análogo a la aplicación Sección 5 del Acta del FTC que le permite a la autoridad ordenar, de forma más expedita, la supresión de acuerdos anticompetitivos sin sancionarlos.³ Por ejemplo, la aplicación sistemática del Acta del FTC en el sector salud ha permitido corregir conductas coordinadas de manera más flexible y oportuna.⁴

3. Los parámetros ofrecidos en la Guía deben considerarse como detonantes de una investigación más que presunciones de ilicitud

En congruencia con la práctica internacional y con el examen ordenado por la fracción V del artículo 53 de la Ley, la Guía sugiere analizar los posibles efectos del intercambio de información en su contexto concreto, evaluando de forma integral los siguientes elementos: *Naturaleza y características de la información intercambiada; Propósito de las partes al compartir información; Estructura y dinámica de mercado; Manejo y control de la información.* Ninguno de los parámetros antes señalados puede considerarse de forma aislada para determinar la licitud o ilicitud de una determinada conducta *al aplicar la fracción V del artículo 53 de la Ley.* Salvo en situaciones extremas, en cada caso se requiere evaluar integralmente estos parámetros para determinar si compartir determinada información conduce a los efectos de coordinación prohibidos por el artículo 53 de la Ley.

Algunas asociaciones han resaltado la complejidad del análisis propuesto en la Guía y han sugerido dos propuestas que en realidad resultan contradictorias: no establecer presunciones de ilicitud; y, definir de manera concreta las prohibiciones en la materia. Esto equivaldría a proponer, a la vez, descartar un enfoque *per se* y descartar un enfoque de efectos. Las condiciones que propone la Guía deben entenderse como detonantes de una posible investigación pero no definen conductas *per se* ilícitas –el análisis requerido por la fracción V del artículo 53 de la Ley no permitiría hacerlo. Una ventaja de establecer reglas claras *per se* detonantes de una investigación es permitir a cada Agente Económico contrastar los beneficios lícitos de compartir información con las contingencias jurídicas que se pueden derivar de ello, idealmente estimulando una generación socialmente óptima de información.

³ La Sección 5 del Acta del FTC prohíbe métodos “*injustos*” de competencia y se ha interpretado de manera amplia para incluir acuerdos de coordinación e intercambios de información entre competidores. La autoridad puede ordenar cesar la conducta pero no sancionarla.

⁴ FTC, *Overview Of FTC Antitrust Actions In Health Care Services and Products*, (2013), pp. 22 a 52. Disponible en:
<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/competition-policy-guidance/hcupdate.pdf>

4. Proporcionalidad en los protocolos de Seguridad en Fusiones y en Cámaras

Valdría la pena precisar con más detalle la aplicación cronológica de las medidas sugeridas en el proceso de exploración de fusiones y adquisiciones y resaltar la proporcionalidad de los protocolos de acuerdo a los riesgos de la misma operación.

En especial, parecería que la intervención de un tercero independiente debería preceder a la formación del “*clean team*”. Incluso antes de la formación del equipo compacto, un tercero independiente debe apoyar a los agentes económicos involucrados al evaluar la información sensible y la que puede compartirse sin crear una contingencia.

Encarecer la operación de las Cámaras o de las fusiones no contribuye a la competencia. Por ello, tanto en el caso de fusiones como en el de Cámaras, resulta importante resaltar la *proporcionalidad* que la misma Guía sugiere en la aplicación de los protocolos y las salvaguardas en función a los riesgos de la operación o de los contactos en las cámaras.

5. Importancia de la publicación de respuestas a solicitudes de orientación general

Responder detallada y oportunamente las solicitudes de orientación general en materia de intercambio de información y publicar estas opiniones facilitará a las empresas distinguir entre situaciones de riesgo y condiciones bajo las cuales el intercambio de información no detona preocupaciones a la Comisión.

Cada caso particular involucra una combinación distinta de circunstancias –en términos de la dinámica del mercado, la naturaleza de la información compartida, su propósito y el mecanismo de su intercambio– lo que puede derivar en efectos distintos sobre la operación de los mercados. La publicación del diagnóstico concreto de la Comisión en diferentes contextos, a través de estas respuestas a solicitudes de orientación general, dará mayor certidumbre sobre el tipo de análisis que se aplicará en estos casos.