

Comentarios al Anteproyecto de Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos

Reconocemos la importante labor de la COFECE para la emisión del Anteproyecto. Sin duda, el tema de intercambio de información entre agentes económicos no ha sido lo suficientemente explorado y está lleno de áreas grises que difícilmente se podrán clarificar. No obstante, estamos convencidos de que el Anteproyecto contribuirá para brindar mayor certeza jurídica a los agentes económicos y a los abogados practicantes respecto a la interpretación y aplicación de la LFCE.

A continuación presentamos nuestros comentarios al Anteproyecto para su amable consideración, con el propósito de contribuir a su mejora.

1. Intercambios de información con efectos positivos

El Anteproyecto reconoce que el intercambio de información entre agentes económicos, en algunos casos, puede conllevar efectos positivos. No obstante, consideramos que pudiera ser ilustrativo para los agentes económicos que la COFECE ahondara un poco más en el tema y señalara ejemplos. Lo anterior con el propósito de ser enfático en que no todo tipo de intercambio de información es ilegal y que la LFCE no establece una presunción de ilegalidad en este sentido. En efecto, si bien la LFCE refiere al intercambio de información como una práctica monopólica absoluta (es decir, anticompetitiva *per se*), sólo lo hace en tanto éste tenga un objeto o efecto anticompetitivo.

Por ejemplo, un intercambio de información con fines estadísticos podrá ser procompetitivo si se toman las precauciones necesarias para evitar riesgos (i.e. el uso de protocolos y mecanismos de intercambio). Sin dichas precauciones, ese mismo intercambio de información, aunque tenga un objeto lícito, pudiera llegar a desplegar efectos no deseados en el mercado.

No obstante, para evitar que los agentes económicos se vayan al otro extremo y prefieran ya no llevar a cabo intercambios de información que, de otra forma, habrían sido socialmente benéficos, creemos importante que la COFECE explique con un poco más de detalle qué intercambios de información comúnmente tendrán efectos positivos y podrán llevarse a cabo con bajo riesgo. Tal es el caso de información sobre temas económicos, técnicos o sociopolíticos en general, o para el *lobbying* sobre legislación o normatividad aplicable para la industria.

2. Protocolos o reglas para el intercambio y el acceso a la información

Nos parece que el párrafo 129 del Anteproyecto es muy ilustrativo respecto a cómo debieran ser los protocolos o reglas para el intercambio y el acceso a la información. No obstante, éste está enfocado al caso particular de concentraciones. Sería útil que el Anteproyecto lo extrapolara para el intercambio de información que se lleva a cabo en cámaras y asociaciones, así como también para el caso de convenios de colaboración entre competidores.

Asimismo, consideramos necesario que la COFECE reconozca que los protocolos o reglas para el intercambio y el acceso a la información debieran ser proporcionales al riesgo de que dicho intercambio tenga un objeto o efecto anticompetitivo. Efectivamente, la COFECE no debe imponer costos de transacción excesivos o innecesarios a los agentes económicos. De otra forma, estaría desincentivando actividades legítimas y benéficas para la sociedad.

Dicha proporcionalidad deberá depender de las características del mercado, las características de la información siendo intercambiada, el contexto del intercambio, las partes involucradas, entre otros factores. Por ejemplo, en el caso de una concentración que es altamente probable que la COFECE la autorizará y las partes la llevarán a cabo una vez autorizada, no es justificable que se utilicen protocolos tan estrictos como en el caso de una concentración que corre el riesgo de no ser autorizada.

Aunado a lo anterior, sería importante que la COFECE colabore conjuntamente con los agentes económicos en el diseño de estos protocolos o reglas para el intercambio y el acceso a la información con el propósito de prevenir de manera más eficaz cualquier posible efecto anticompetitivo no deseado en el mercado. Esto en virtud de que el diseño óptimo de dichos protocolos o reglas dependerá caso por caso y no es posible ser exhaustivos dentro de la Guía. Así, la opción de consultas por parte de los agentes económicos a la COFECE podrán dar mayor certeza respecto a si sus protocolos o reglas para el intercambio y el acceso a la información es consistente con el espíritu de la LFCE. Estas consultas debieran poderse realizar a la Autoridad Investigadora, por ser ésta quien tiene las facultades para decidir iniciar una investigación por posibles prácticas monopólicas. De lo contrario, los agentes económicos no tendrán suficiente certeza respecto a los protocolos o reglas que adopten.

3. El intercambio de información como posible práctica monopólica relativa o barrera a la competencia

El Anteproyecto menciona, en sus párrafos 11 y 13, que los intercambios de información podrían configurar una práctica monopólica relativa o una barrera a la competencia. Sin embargo, no entra al detalle de en qué casos esto sucedería o cómo prevenirlo. En efecto, el Anteproyecto se enfoca en el intercambio de información que pudiese configurar una práctica monopólica absoluta. Consecuentemente, omite hacer

referencia a, por ejemplo, intercambios de información en el contexto de concentraciones verticales o convenios de colaboración entre proveedores y distribuidores. De esta forma, consideramos indispensable que la COFECE profundice más en el tema.

4. Definición de información estratégica

El párrafo 51 del Anteproyecto señala lo siguiente:

“La información estratégica está generalmente relacionada con precios futuros, actuales o recientes, descuentos y promociones en precios, incrementos en precios, factores para la determinación de precios, condiciones de venta, listas de clientes o proveedores, capacidades, inversiones, tamaño y proyecciones de la oferta, costos de producción, factores para determinar precios, cantidades, ingresos y ventas, volúmenes de cuotas, condiciones de venta, calidades, planes y estrategias de comercialización (incluyendo territorios o áreas geográficas objetivo), riesgos, inversiones, tecnologías, y dependiendo el mercado, desarrollo e investigación.”

Consideramos que la redacción es poco clara, además de que pudiera complementarse con otro tipo de información que también pudiera ser estratégica. Así, recomendamos se modifique de la siguiente forma (se marcan en negritas los cambios):

*“La información estratégica está generalmente relacionada con precios futuros, actuales o recientes; descuentos y promociones en precios; incrementos en precios; ~~factores para la determinación de precios,~~ condiciones de venta; listas de clientes o proveedores; capacidades **de producción o de instalación; insumos; inventarios;** inversiones; tamaño y proyecciones de la oferta; costos de producción; ~~factores para determinar precios, cantidades,~~ **márgenes de ganancia** y ventas; volúmenes **o de cuotas de producción, instalación, distribución o comercialización;** ~~condiciones de venta,~~ calidades; planes y estrategias de **producción, distribución o comercialización** (incluyendo territorios o áreas geográficas objetivo); riesgos; inversiones; tecnologías; ~~y, dependiendo el mercado,~~ desarrollo e investigación; **así como cualquier factor que sirva para la determinación de lo anterior.”***

Asimismo, pudiera ser útil reconocer que si bien toda la información estratégica es confidencial, no toda la información que un agente económico desee tratar y clasificar como confidencial necesariamente será información estratégica.

Dado que dependerá caso por caso qué deba ser considerado como información estratégica, podría ser útil que los agentes económicos involucrados en el intercambio especifiquen bajo qué criterios se determinará qué información será considerada con tal carácter o quiénes serán los encargados de hacer la clasificación (por ejemplo, los consultores o asesores externos de las partes en una concentración).

5. Características de la información que puede ser pública

Los párrafos 60 a 64 del Anteproyecto refieren al intercambio de información pública. Si bien afirma que éste será menos riesgoso que tratándose de información privada, también reconoce que el riesgo no desaparece por completo y, por tanto, incluso el intercambio de este tipo de información pudiera llegar a constituir una práctica anticompetitiva.

No obstante, el Anteproyecto no es claro respecto a qué tipo de información pueden los agentes económicos hacer pública. Por ejemplo, pudiera ser el caso de que una empresa, una asociación o, incluso, una entidad gubernamental publiquen información estratégica desagregada de agentes económicos en un mercado en particular a través de boletines informativos disponibles al público en general. El hecho de que esta información sea “de dominio público, accesible para todos los agentes del mercado competidores o clientes, ya sea gratuita o a costos razonables” no significa que “su intercambio tiende a generar menos problemas para la competencia”.

En nuestra opinión, la información que pueda hacerse pública deberá cumplir con los mismos criterios de agregación y antigüedad referidos en el Anteproyecto. Por lo tanto, recomendamos a la COFECE aclarar y profundizar más en el tema de la información pública con la finalidad de evitar que se haga pública información que no debiera serlo.

6. Información obtenida por inteligencia comercial

Es común que los agentes económicos se hagan de información de sus competidores a través de inteligencia comercial para la elaboración de sus estudios de mercado y el diseño de sus estrategias de negocios. La obtención y el uso de este tipo de información pueden conllevar importantes beneficios a los consumidores. Sin embargo, el Anteproyecto no hace referencia alguna a este tema. Sería importante que la COFECE se pronunciara al respecto. Por ejemplo, si la inteligencia comercial es llevada a cabo por terceros independientes y versa respecto a información que está disponible al público, consideramos es poco probable que conlleve un objeto o efecto anticompetitivo.

7. Comunicados unilaterales

El Anteproyecto hace referencia a los comunicados unilaterales. Conforme a los párrafos 150 a 156, “una de las partes toma la iniciativa de divulgar información a sus competidores sin que exista reciprocidad en el intercambio”. Al respecto, no es claro a qué se refiere la COFECE al hablar de “una de las partes”. Consideramos que esto debiera ser sustituido por “un agente económico”. Por otro lado, es importante que la COFECE recalque que los comunicados unilaterales sólo conllevarían un riesgo a la competencia si se tratara de información estratégica.

Al respecto, en nuestra opinión, la COFECE debiera reconocer que si el comunicado unilateral genera un compromiso con el consumidor es probable que sean procompetitivos. En este sentido, es indispensable que la COFECE analice si el propósito del comunicado unilateral no puede ser explicado de manera razonable más que como un medio de coordinación entre competidores. Por ejemplo, un comunicado unilateral respecto a los costos o estrategias futuras de negocio no tendría razón de ser por parte de un agente económico enfocado a la maximización de sus ganancias, por lo que es plausible que éste se explique como un mecanismo de colusión. Por otro lado, un comunicado unilateral respecto a determinada tarifa por un servicio o calidad por un producto que les ofrecerá a sus clientes sí tiene una explicación desde un punto de vista de negocios.

Por otro lado, es importante enfatizar que para configurar una práctica monopólica absoluta es indispensable que haya un acuerdo entre competidores (es decir, un concurso de voluntades). Los acuerdos no pueden ser unilaterales; sin embargo, sí pueden ser tácitos. Por esta razón, estimamos que para que un comunicado unilateral pudiera ser considerado como una práctica monopólica absoluta es necesario que exista al menos una expectativa de recibir o de que sea utilizada la información comunicada. En este sentido, el comunicado unilateral podrá servir de indicio o evidencia circunstancial para acreditar una práctica monopólica absoluta; sin embargo, será necesario que algún efecto anticompetitivo haya derivado directamente del mismo para que éste sea ilegal. De otra forma, la COFECE estaría desincentivando los comunicados unilaterales que generan beneficios sociales.

8. Intercambios de información en el contexto de una concentración

El Anteproyecto omite explicar cómo deberá tratarse la información estratégica intercambiada en el contexto de una concentración una vez que ya se haya obtenido la autorización por parte de la COFECE pero antes del cierre de la transacción. Estimamos que, aún con autorización, las partes de una concentración deberán mantener su independencia hasta antes del cierre. No obstante, los protocolos y reglas para el intercambio y acceso a información pudieran relajarse para permitir una transición más sencilla.

Asimismo, sería útil que la COFECE haga una distinción más clara entre la obligación que tienen las partes de una concentración a mantener su independencia operativa



(*gun-jumping*) y los posibles efectos colusorios que pudieran derivar del intercambio de información estratégica.