CREEL GARCÍA-CUÉLLAR AIZA Y ENRÍQUEZ

MEMORANDUM

F E C H A: 26 de enero de 2018

P A R A: Comisión Federal de Competencia Económica

D E: Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez, S.C.

R E: Comentarios al Anteproyecto de la Guía sobre acuerdos de colaboración entre competidores

---

Se acompaña al presente como "Anexo Único", un documento que contiene los comentarios, por parte de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez, S.C., en relación con el Anteproyecto de la Guía sobre acuerdos de colaboración entre competidores.

* * *

Sin más por el momento, quedamos a sus órdenes para cualquier duda o aclaración al respecto.

Atentamente,

"ANEXO ÚNICO"

ANTEPROYECTO DE LA GUÍA SOBRE ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES

Glosario 2

I. Introducción 4

II. Objetivo y alcance 6

III. Acuerdos de colaboración entre competidores 8

A. Principios generales sobre la colaboración entre competidores 8

B. Definición de competidores 8

C. Acuerdos de colaboración entre competidores y concentraciones ilícitas 9

D. Acuerdos de colaboración entre competidores y prácticas monopólicas absolutas 11

IV. Análisis de los acuerdos de colaboración entre competidores como posibles prácticas monopólicas absolutas 13

B.1 Contenido del acuerdo 14

B.2. Características del mercado 14

B.3. Participación de los Agentes Económicos en el mercado 16

V. Algunos tipos de acuerdos de colaboración entre competidores 17

A. Acuerdos de Investigación y Desarrollo 17

B. Acuerdos de co-producción 20

C. Acuerdos de compra 21

D. Acuerdos de mercadeo o comercialización 24

E. Acuerdos de estandarización 26

VI. Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones 28

VII. Consultas ante la COFECE 29

VIII. Contacto con la COFECE 29

IX. Marco Normativo Aplicable 29

GLOSARIO

Término	Significado
Agente(s) Económico(s)	Toda persona, física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica.
Asociación	Cualquier agrupación u organización empresarial, industrial o profesional, con independencia de la forma jurídica que adopte. Incluye de forma enunciativa, mas no limitativa, a cámaras empresariales e industriales y asociaciones profesionales.
Autoridad Investigadora	Órgano de la Comisión encargado de desahogar la etapa de investigación y que es parte del procedimiento seguido en forma de juicio.
Autoridad Pública	Toda autoridad de la Federación, de los Estados, de la Ciudad de México (antes Distrito Federal) y de los Municipios, de sus entidades y dependencias, así como de sus administraciones paraestatales y paramunicipales, fideicomisos públicos, instituciones y organismos autónomos, y de cualquier otro ente público.
~~Competidores~~	~~Los Agentes Económicos independientes que participen o puedan participar en los mismos mercados~~[***Comentario Creel: Sugerimos eliminar el término definido "Competidores", considerando que la sección III.b tiene como título y objetivo otorgar un concepto*** **de** ~~bienes, productos o servicios.~~[1]***"competidor". Dicha sección permite incluir mayor detalle respecto de dicho concepto, incluyendo criterios judiciales, entre otros.***]
COFECE o Comisión	La Comisión Federal de Competencia Económica.
Concentración	La fusión, adquisición del control o cualquier otro acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realicen entre competidores, proveedores, clientes o

[1] ~~Ya sea desde la oferta o la demanda de bienes, productos o servicios.~~

	cualesquiera otros Agentes Económicos.
Concentración ilícita	Aquella concentración que tenga por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica en términos de la LFCE.
Disposiciones Regulatorias	Las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el diez de noviembre de dos mil catorce, cuya última modificación se publicó el cinco de febrero de dos mil dieciséis en el Diario Oficial de la Federación.
Estatuto	El Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica, publicado en el Diario Oficial de la Federación el ocho de julio de dos mil catorce y su modificación publicada en el mismo medio oficial el veintisiete de octubre de dos mil diecisiete.
LFCE	La Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintitrés de mayo de dos mil catorce, modificada mediante decreto publicado en el mismo medio informativo el veintisiete de enero de dos mil diecisiete.
Práctica Monopólica Absoluta	Contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los previstos en el artículo 53 de la LFCE. También son conocidas como cárteles económicos, simplemente cárteles, colusiones o acuerdos colusorios.
SMGDVDF	Salario Mínimo General Diario Vigente para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), el cual deberá ser convertido a su equivalencia en Unidades de Medida y Actualización[~~2~~1].

[~~2~~1] De acuerdo con el "Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo" el cual fue publicado en el DOF el veintisiete de enero de dos mil dieciséis.

I. INTRODUCCIÓN

1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que están prohibidos los monopolios, así como las prácticas monopólicas. En su artículo 28, segundo párrafo, señala que la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia todo mecanismo que pueda limitar la libre competencia y concurrencia.

2. La COFECE es el órgano constitucional autónomo encargado de garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, con excepción de aquellos relativos a la radiodifusión y las telecomunicaciones.

3. La LFCE faculta a la COFECE para expedir directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos, necesarios para el efectivo cumplimiento de la misma, previa consulta pública[~~3~~2].

4. Los elementos esenciales de la competencia son la independencia de las partes que interactúan en el mercado, la facilidad de entrar y salir del mismo, la libertad de los demandantes para elegir entre los distintos productos o servicios de diversos oferentes, así como la existencia de información disponible para que todos los participantes tomen las mejores decisiones.

5. En una economía cada vez más compleja e interrelacionada, las empresas celebran acuerdos de colaboración con sus competidores para llevar a cabo determinadas actividades en conjunto, que podrían lograr objetivos positivos como los señalados en la presente Guía[~~4~~3].

6. Un acuerdo de colaboración, cuando cumple con determinadas particularidades y características, podría constituir: (i) una concentración; (ii) una práctica monopólica absoluta; y/o, (iii) una práctica monopólica relativa (por ejemplo, la prevista en la fracción VI del artículo 56 de la LFCE, denominada comúnmente como "boicot") en términos de la LFCE.

7. Si un acuerdo de colaboración implica la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, podría tratarse de una concentración en términos del artículo 61 de la LFCE.

8. Ahora bien, cuando un acuerdo de colaboración implique una concentración que haya tenido por objeto o efecto, obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia en términos del artículo 62 de la LFCE, podría tratarse de una concentración ilícita.

9. Por otra parte, si el acuerdo de colaboración entre competidores tuviera por objeto o efecto limitar la competencia económica en términos de lo dispuesto por el artículo 53 de la LFCE, podría tratarse de una práctica monopólica absoluta.

10. Por otro lado, cuando el acuerdo de colaboración entre competidores actualice lo dispuesto por el artículo 54 de la LFCE y los demás relacionados, podría tratarse de una práctica monopólica relativa (por ejemplo, la prevista en la fracción VI del artículo 56 de la LFCE, denominada comúnmente como "boicot").

[~~3~~2] Artículo 12, fracción XXII de la LFCE.

[~~4~~3] Particularmente en el párrafo 32.

11. La presente Guía no es un documento jurídicamente vinculante, es de carácter informativo que, por estar dirigido al público en general, está redactado de forma sencilla y práctica. La Guía se organiza de la siguiente forma: (i) objetivo y alcance; (ii) definición de acuerdos de colaboración entre competidores; (iii) los elementos que la Comisión considerará en el análisis de los acuerdos de colaboración entre competidores, atendiendo a la naturaleza y características de los mismos; y, (iv) algunos tipos de acuerdos de colaboración entre competidores, así como los elementos a considerar para determinar si dichos acuerdos representan posibles riesgos para la competencia.

II. OBJETIVO Y ALCANCE

12. Esta Guía busca orientar a los Agentes Económicos y al público en general sobre los elementos que la Comisión considerará al evaluar los acuerdos de colaboración **realizados** entre competidores, es decir, acuerdos horizontales.

13. Lo anterior, a fin de que los Agentes Económicos se encuentren en posibilidad de evaluar ~~sus~~las decisiones de carácter comercial o económico que tomen relacionadas con los acuerdos de colaboración que celebren con sus competidores, en términos de los riesgos que pueden implicar al proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados, con base en los elementos señalados en la presente Guía, específicamente en las secciones IV y V de la presente Guía.

14. Esta Guía comprende los elementos de análisis que la Comisión utilizará al evaluar los acuerdos de colaboración que los Agentes Económicos **hayan realizado,** para analizar si podrían encuadrar en una concentración ilícita o práctica monopólica absoluta, de conformidad con la LFCE. En este sentido, el alcance de la presente Guía es sobre aquellos **acuerdos de colaboración que ya se han realizado**.

15. Algunos acuerdos de colaboración entre competidores podrían ser considerados como concentraciones, en términos de lo dispuesto por la LFCE y la Guía para la notificación de Concentraciones. En este caso, los Agentes Económicos **que tengan intención de celebrar un acuerdo** de este tipo deberán determinar si es obligatorio notificarlo de manera previa a la Comisión, conforme a lo señalado en el artículo 86 de la LFCE.

16. Esta Guía no incluye dentro de su objeto aquellos acuerdos que se dan entre Agentes Económicos operando en diferentes niveles de las cadenas de producción, distribución o comercialización, también denominados acuerdos verticales.

17. De conformidad con la información presentada en esta Guía, interpretada de manera armónica con la LFCE, las Disposiciones Regulatorias y demás Guías emitidas por la COFECE, si un acuerdo de colaboración entre competidores constituye una concentración ilícita o una práctica monopólica absoluta, la Comisión podrá investigar y, en su caso, sancionar el acuerdo en cuestión.

18. Esta Guía incluye, de forma enunciativa mas no limitativa, algunos ejemplos de acuerdos de colaboración entre competidores. Sin perjuicio de lo anterior, se reconoce que pudieran existir otras formas de colaboración entre competidores las cuales también serían analizadas bajo los principios establecidos en esta Guía.

19. La Guía también tiene como objetivo que los Agentes Económicos que participen en acuerdos de colaboración cuenten con elementos para analizar las características de los mismos, a efecto de identificar: (i) si pudieran actualizar alguna de las conductas previstas por el 53 de la LFCE; (ii) si pudieran implicar una concentración ilícita en términos de los artículos 62 y 64 y demás relacionados de la LFCE; o, (iii) si el acuerdo, en general, está apegado a lo dispuesto por la LFCE.

20. Asimismo, la Guía delinea los elementos que la COFECE evaluará sobre los acuerdos de colaboración atendiendo a cada caso en concreto y en consideración de sus particularidades y características. El presente documento no establece presunción legal alguna, y tampoco constituye un listado exhaustivo de los elementos que la COFECE considerará en el análisis de los casos relacionados con acuerdos de colaboración entre competidores.

21. Esta Guía deberá interpretarse y aplicarse de forma complementaria a las demás Guías emitidas por la COFECE. Particularmente, las relativas al intercambio de información entre Agentes Económicos, inicio de investigaciones por prácticas monopólicas absolutas y notificación de concentraciones.

III. ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES

A. Principios generales sobre la colaboración entre competidores

22. Existe la posibilidad de que Agentes Económicos que sean competidores entre sí celebren acuerdos, convenios, arreglos o combinaciones para realizar de manera conjunta una o varias actividades económicas, sin que su objeto o efecto sea limitar la competencia.

23. Así, los acuerdos de colaboración entre competidores pueden tener como objetivo destinar sus recursos para, en conjunto, racionalizar y mejorar la eficiencia en la producción, la distribución, la comercialización, la inversión, el gasto en investigación y desarrollo (I+D), o el cumplimiento de sus obligaciones.

24. La Comisión reconoce la existencia de diferentes tipos de acuerdos entre competidores, mismos que pueden llevarse a cabo a través de distintas figuras jurídicas. En este sentido, existe una diversidad de acuerdos entre competidores con distintas características por lo que no encuadran fácilmente en una definición; no obstante, a lo largo de esta Guía y con los ejemplos plasmados se podrán ilustrar los más comunes.

25. Los acuerdos de colaboración entre competidores pueden constituir concentraciones. De determinarse que implican una concentración, la Comisión analizará si la misma actualiza o no los supuestos del artículo 62 de la LFCE y demás relacionados, respecto de una concentración ilícita, conforme a lo previsto en los artículos 63 y 64 de dicho ordenamiento.

26. Ahora bien, si ~~derivado del~~aún durante el acuerdo de colaboración los Agentes Económicos siguen siendo competidores, la Comisión analizará si se actualiza o no una práctica monopólica absoluta, de conformidad con el artículo 53 de la LFCE. [***Comentario Creel: Entendemos que el espíritu de esta disposición es señalar que aun cuando se esté en el marco de un acuerdo de colaboración, si los competidores siguen teniendo tal carácter en el mercado relevante, deben observar las reglas aplicables y evitar conductas que obstaculicen o impidan la competencia en el mercado. La palabra derivado, sugiere que el acuerdo los convierte en competidores, lo cual tiene poco sentido.***]

27. Por otra parte, los acuerdos de colaboración entre competidores pueden constituir ~~una~~la práctica monopólica relativa, ~~por ejemplo, la~~ prevista en la fracción VI del artículo 56 de la LFCE, denominada comúnmente como "boicot", la Comisión analizará si se actualiza o no de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 de la LFCE y demás relacionados. [***Comentario Creel: sugerimos ser más precisos a lo largo de todo el documento al mencionar la práctica monopólica relativa que podría constituirse ya que las demás fracciones del artículo 56 de la LFCE no encuadrarían en un acuerdo de colaboración entre competidores***]

28. Es importante señalar que la Comisión reconoce que sólo ciertos tipos de acuerdos de colaboración entre competidores podrían llegar a constituir una concentración ilícita, una práctica monopólica absoluta o una práctica monopólica relativa. En este sentido, comúnmente los acuerdos pueden tener por objeto aprovechar economías de escala o mejorar las capacidades técnicas de sus participantes.

29. El riesgo de que los acuerdos de colaboración puedan restringir la competencia deberá evaluarse **caso por caso**. Lo anterior, atendiendo a: (i) los Agentes Económicos involucrados; (ii) la naturaleza y alcance de la colaboración; y (iii) los mercados relacionados[~~5~~4].

B. Definición de competidores

30. El artículo 3 de la LFCE, en su fracción I, define Agente Económico como:

> "*Toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica*".

31. Se consideran competidores los Agentes Económicos que, de manera independiente, participen ~~o puedan participar~~ en los mismos mercados de bienes o servicios.

32. Para efectos del párrafo anterior, se consideran independientes aquellos Agentes Económicos que no formen parte del mismo grupo de interés económico.

[Comentario Creel: Sugerimos utilizar y referenciar, con fines de consistencia, a la definición adoptada por el Poder Judicial a través de la tesis aislada I.8o.A.50 A (10a.):"Competidor: persona física o moral que realiza una actividad económica independiente, frente a otra que también la lleva a cabo, en una relación tal, que la actividad de una, desarrollada por sí o por conducto de un tercero, puede beneficiar o lesionar la de la otra".]

33. Se considera que un competidor podría participar en un mercado cuando éste pudiera realizar las inversiones ~~y~~, obtener los permisos o requisitos legales necesarios y comenzar operaciones en un periodo corto de tiempo. Para ello, ~~podrá~~deberá tomarse en cuenta evidencia que indique que las empresas ya han competido o pudieran competir; por ejemplo, planes de negocios, comunicaciones y estudios de mercadeo con clientes potenciales, y evidencia de competencia actual para clientes similares en otras regiones o respecto de productos similares.

[Comentario Creel: Sugerimos precisar con el mayor detalle posible en qué casos existe un "competidor potencial", con el objetivo de brindar certeza a los agentes económicos".]

34. Con relación al concepto de grupo de interés económico y que diversas personas puedan ser consideradas como un solo Agente Económico, se recomienda a los Agentes Económicos que consulten las resoluciones que el Poder Judicial ha emitido en las que señala que, en materia de competencia económica, se está ante un grupo de interés económico cuando un conjunto de personas físicas o morales tienen intereses comerciales y financieros afines, y coordinan sus actividades para lograr un determinado objetivo común, pudiendo ejercer una influencia decisiva o un control real o latente sobre la otra[~~6~~5]. De igual manera, para considerar que existe un grupo

---

[~~5~~4] Es decir, el mercado afectado por el acuerdo de colaboración, así como aquellos mercados dónde compitan, actual o potencialmente, los Agentes Económicos que están estableciendo dicho acuerdo.

[~~6~~5] **GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO. SU CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.** Amparo en revisión 479/2006. Yoli de Acapulco, S.A. de C.V. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez.

económico, se analiza si un Agente Económico, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva o control sobre otro[76].

C.Acuerdos de colaboración entre competidores y concentraciones ilícitas

35. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 de la LFCE, se entiende por concentración la **fusión**, **adquisición del control** o **cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general** que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros Agentes Económicos.

36. Algunos acuerdos de colaboración entre competidores podrían ser considerados como concentraciones, en términos de lo dispuesto por la LFCE. En este caso, los Agentes Económicos que tengan intención de celebrar un acuerdo de este tipo deberán determinar si es obligatorio notificarlo de manera previa a la Comisión, conforme a lo señalado en el artículo 86 de la LFCE.

37. Ahora bien, **un acuerdo de colaboración que ya se haya celebrado** entre competidores que tenga las características de una concentración y cuyo objeto o efecto sea obstaculizar, disminuir, dañar, o impedir la libre concurrencia y la competencia económica, podría ser considerado una concentración ilícita.

38. Conforme al artículo 64 de la LFCE, se considerarán como indicios de una concentración ilícita los siguientes:

    I. Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o Agente Económico resultante de la concentración, poder sustancial en los términos de la LFCE, o incremente o pueda incrementar dicho poder sustancial, con lo cual se pueda obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia y la competencia económica;

    II. Tenga o pueda tener por objeto o efecto establecer barreras a la entrada, impedir a terceros el acceso al mercado relevante, a mercados relacionados o a insumos esenciales, o desplazar a otros Agentes Económicos, o

    III. Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicha concentración el ejercicio de conductas prohibidas por la LFCE, y particularmente, de las prácticas monopólicas.

39. Los Agentes Económicos competidores entre sí que participen en un acuerdo de colaboración, con las características de una concentración, podrán optar por notificarlo de manera voluntaria ante la

---

Amparo en revisión 481/2006. Embotelladora Zapopan, S.A. de C.V. y otra. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 394/2006. Embotelladora La Victoria, S.A. de C.V. y otra. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 360/2006. Coca-Cola Femsa, S.A. de C.V. y otra. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez.

Amparo en revisión 478/2006. The Coca-Cola Export Corporation. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Época: Novena Época; Registro: 168470; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII; Materia(s): Administrativa; Tesis: I.4o.A. J/66, Pág. 1244.

[76] *Idem*.

Comisión para su análisis, en términos de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 86 de la LFCE. Si el acuerdo de colaboración ya se realizó, la Comisión podrá investigarlo como una concentración ilícita o bien, conforme a lo señalado más adelante, como una práctica monopólica absoluta, esto último cuando los Agentes Económicos sigan siendo competidores y se cumpla alguno de los supuestos establecidos en el artículo 53 de la LFCE.

40. Por otro lado, no toda concentración implica la pérdida del carácter de competidor, pues en el caso de las concentraciones que se dan derivadas de la unión de sociedades, no hay una transferencia de control (ni de iure ni de facto) sino la existencia de una influencia que no impide que los Agentes Económicos sigan actuando de forma independiente y por lo tanto siendo competidores.

41. A continuación, se presenta un cuadro que, en términos generales, distingue entre un acuerdo entre competidores y una concentración **en el caso de uniones**[87] entre Agentes Económicos de acuerdo al artículo 61 de la LFCE. Dichos elementos se tomarán de manera conjunta y enunciativa, mas no exhaustiva, según sea el caso:

	Acuerdos de colaboración entre competidores	**Concentraciones**
Duración	Temporales de corto plazo	Permanentes o de largo plazo
Rivalidad	Siguen compitiendo en el mercado afectado	Se disminuye considerablemente la competencia entre ellos en el mercado afectado
Control	Actúan de forma independiente	Existe una transferencia de control o se ejerce una influencia.

[Comentario Creel: Consideramos conveniente mencionar que los acuerdos de colaboración tienen una finalidad específica. Las concentraciones, en cambio, suelen tener un objetivo mucho más amplio y no limitarse a ciertos proyectos, negocios o fines específicos.]

42. El cuadro mostrado, tiene como finalidad ilustrar los elementos que describen cuando un acuerdo de colaboración puede o no **ser una concentración en los términos señalados**. Esto no significa que los acuerdos de colaboración y las concentraciones sean categorías excluyentes ya que pueden existir acuerdos de colaboración que no sean concentraciones (por ejemplo, cuando se cumplen los elementos señalados en la columna "**Acuerdos de colaboración entre competidores**"), así como también acuerdos de colaboración que sean concentraciones (por ejemplo, cuando se cumplen los elementos señalados en la columna "**Concentraciones**").

43. Finalmente, se indica que la Comisión analizará los acuerdos de colaboración que pudieran constituir concentraciones ilícitas de conformidad con los artículos 61 y 62 de la LFCE y los demás relacionados.

D. Acuerdos de colaboración entre competidores y prácticas monopólicas absolutas

44. Se considera que podrían ser un riesgo al proceso de competencia y libre concurrencia y, por tanto, podrán ser sujetos de una investigación por prácticas monopólicas absolutas, si el objeto o efecto

[87] Cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general.

de los acuerdos de colaboración configuran alguno de los supuestos del artículo 53 de la LFCE. En particular, los acuerdos de colaboración entre competidores que ya se realizaron podrán, atendiendo al caso en concreto, ser analizados en los siguientes términos siempre que los Agentes Económicos sigan siendo competidores.

45. El artículo 53 de la LFCE señala que constituyen prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes:

I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;

II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables;

IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas, y

V. Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones.

Asimismo, señala que las prácticas monopólicas absolutas serán nulas de pleno derecho, y, en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno y los Agentes Económicos que incurran en ellas se harán acreedores a las sanciones establecidas en la LFCE, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que, en su caso, pudiere resultar.

46. Atendiendo a lo anterior, se puede afirmar que el artículo 53 establece una regla *per se*. Es decir, bajo lo dispuesto en la Ley, no existe la posibilidad de justificar un acuerdo entre competidores que tenga por el objeto o efecto alguna de las fracciones contempladas en dicho artículo, con base en razones de eficiencia. Así lo han reconocido los Tribunales Colegiados Especializados:

> Estas prácticas se conocen como horizontales, y se caracterizan porque en ellas los agentes económicos que deberían competir entre sí en el mercado o dentro de la cadena productiva, asumen arreglos que se presumen ilícitos en términos del artículo 9º[98] del citado ordenamiento legal, lo que significa que no se permite la evaluación de algún propósito o efecto benéfico o pro competitivo que pudiesen tener; de ahí que se censuren, sin mayor averiguación, pues se estima que no tienen justificación económica, por lo que se consideran ilegales, per se, siendo irrazonables por consistir en una restricción ilegítima al procedimiento de competencia, en tanto que impiden a la sociedad obtener los beneficios que ésta debe generar, es decir, mejores precios, mayor calidad en los productos, servicios y disponibilidad o abasto. Esto es, en el artículo 9º citado se establece una presunción en el sentido de que si un agente económico incurre en algún supuesto de práctica monopólica absoluta, se tiene por infringida la norma, sin que resulte oponible consideración como el tamaño del mercado, el poder económico de los

[98] La tesis aislada en cuestión hace referencia al artículo 9º de la Ley Federal de Competencia Económica de mil novecientos noventa y dos que fue abrogada el siete de julio de dos mil catorce.

agentes, el lucro obtenido, las ganancias en eficiencia o alguna otra justificación análoga, dado que siempre tiene efectos adversos sobre la competencia. [Énfasis añadido][~~10~~9]

47. Los acuerdos de colaboración entre competidores que constituyan prácticas monopólicas absolutas conllevan sanciones administrativas para las personas morales o físicas que participen en los mismos, dichas prácticas pueden conllevar sanciones penales.

48. Es importante señalar que, por las razones ya expuestas, los acuerdos de colaboración entre competidores no están prohibidos por la LFCE, salvo que constituyan concentraciones ilícitas, prácticas monopólicas relativas (~~por ejemplo~~es decir, la prevista en la fracción VI del artículo 56 de la LFCE, denominada comúnmente como "boicot") o prácticas monopólicas absolutas. En este último caso, no se aceptan justificaciones económicas (es decir, de eficiencia o beneficios) ya que las prácticas monopólicas absolutas se sancionan *per se*, pues son conductas que restringen ilegítimamente y dañan la competencia económica, generando una afectación a la sociedad.

49. Los acuerdos de colaboración pueden servir como vehículo para llevar a cabo prácticas monopólicas absolutas, ya que pueden permitir a los competidores que participen en los mismos, tomar decisiones colectivas respecto de precios, oferta, división de mercados o participación en licitaciones, decisiones que, de otra forma, se hubieran tomado de forma independiente.

50. Asimismo, en el seno de los acuerdos de colaboración entre competidores se puede intercambiar información estratégica, con lo cual se podría actualizar el supuesto previsto en la fracción V del artículo 53 de la LFCE. Por ello, es importante que los Agentes Económicos que participen en este tipo de acuerdos consulten la Guía de Intercambio de Información entre Agentes Económicos, a efecto de evitar intercambios que pudieran ser considerados como ilegales en términos del artículo 53 de la LFCE.

51. A continuación, se procede a explicar los factores que considerará la Comisión en el análisis de acuerdos de colaboración entre competidores, con el propósito de orientar a los Agentes Económicos y al público en general.

[~~10~~9] **PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS. SON ILEGALES, *PER SE*.** Amparo en revisión 46/2014. Avícola Pilgrim's Pride de México, S.A. de C.V. 6 de mayo de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Germán Cendejas Gleason. Secretario: Agustín Ballesteros Sánchez. Época: Décima Época: Registro: 2012166; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 32, Julio de 2016, Tomo III, Materia: Constitucional; Tesis I.1o.A.E.162 A (10a), Página 2182.

IV. ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES COMO POSIBLES PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS

52. El análisis de los acuerdos de colaboración entre competidores se realizará atendiendo a su naturaleza y alcance considerando lo siguiente: En primera instancia, se debe analizar si el acuerdo de colaboración entre competidores podría tener como objeto: (i) manipular precios, (ii) restringir la oferta, (iii) segmentarse los mercados, (iv) coordinar o concertar posturas o abstenciones en licitaciones, o (v) intercambiar información con alguno de esos objetos o efectos. Cuando el objeto del acuerdo sea uno o varios de los cinco ya enunciados, dicho acuerdo constituirá una práctica monopólica absoluta, sin que resulte necesario realizar un análisis más detallado.

53. Lo anterior, podría evidenciarse con la existencia de comunicaciones de funcionarios o empleados de los Agentes Económicos expresando tal intención, así como declaraciones por cualquier medio o posturas que inviten a lograr tal objetivo, promesas de tomar ciertas acciones a cambio de que otros Agentes Económicos actúen de cierta forma, testimonios que acrediten ese propósito, entre otras.

54. Por otro lado, la naturaleza misma del acuerdo de colaboración podría revelar su objeto colusorio, cuando existan condiciones que sugieran que el acuerdo no puede tener otro propósito que coordinar actividades en detrimento de la competencia.

55. Como se ha señalado anteriormente, las prácticas monopólicas absolutas son consideradas como prácticas ilegales *per se*, en tanto que no admiten justificación ni defensa en términos de eficiencias. Por lo tanto, la Comisión no está obligada a probar los efectos en el mercado de dichas prácticas o hacer una evaluación de las eficiencias que de las mismas deriven.

56. Sin perjuicio de lo anterior, es importante distinguir que no todos los acuerdos entre competidores tienen como objeto alguna de las conductas descritas en el artículo 53 de la LFCE. Cuando el objeto de los acuerdos de colaboración no sea claramente uno de los establecidos en dicho artículo, pero debido a sus características pudiera tener como efecto una de las conductas establecidas en el artículo 53, se realizará un análisis más exhaustivo.

57. En estos casos, se debe analizar si el acuerdo en cuestión podría tener como efecto la realización de alguna de las conductas colusorias señaladas en el artículo 53 de la LFCE; es decir, si por medio del mismo se podría generar: (i) una manipulación de precios; (ii) una restricción a la oferta; (iii) una división o segmentación de mercado; (iv) una coordinación o concertación de posturas o una abstención en licitaciones; o, (v) un intercambio de información que tenga por objeto o efecto alguno de las pasadas cuatro conductas.

58. Para realizar el análisis anterior, la Comisión **podrá** considerar los siguientes elementos: (i) contenido del acuerdo; (ii) las características del mercado; y, (iii) la participación de los Agentes Económicos en el mercado; así como cualquier otro que pueda brindarle información sobre los efectos del acuerdo en cuestión. Lo anterior, de ningún modo implicará admitir justificaciones de ninguna índole si se actualiza alguno de los supuestos del artículo 53 de la LFCE.

Ejemplo*:*

Acuerdos de colaboración cuando el objeto no es claramente anticompetitivo pero sus efectos si lo ~~son~~podrían ser:

En el caso de un acuerdo de colaboración de compras conjuntas, que tenga por objeto que pequeñas o medianas empresas compren productos o servicios que no podrían adquirir de manera individual, para lograr descuentos similares a los de competidores más grandes. En este caso, no es evidente que el objeto del acuerdo sea colusorio. Por lo anterior, se haría un análisis para ver si por su efecto podría actualizar alguna de las fracciones del artículo 53 de la LFCE.

A. Contenido del acuerdo

59. Como parte del análisis para determinar si por su efecto el acuerdo de colaboración, podría actualizar alguna de las fracciones del artículo 53 de la LFCE, se considerarán las siguientes circunstancias.

a) Si se reducen los incentivos para competir de forma independiente, sea que se reduzca la posibilidad de tomar decisiones de manera independiente (en precios, oferta, participaciones de mercado, estrategias comerciales, etc.) o que se afecten los intereses financieros de las partes.

b) Si se genera la existencia de costos comunes variables que faciliten la coordinación en precios y oferta (o demanda).

c) Si existe ~~la posibilidad de que se comparta~~intercambio de información estratégica de conformidad con lo dispuesto en la Guía de Intercambio de Información entre Agentes Económicos. [***Comentario Creel: Sugerimos eliminar la palabra "posibilidad", pues consideramos que a través de prácticamente todos los esquemas de acuerdo de colaboración sería "posible" intercambiar información estratégica, lo que no necesariamente significa que las partes a dicho acuerdo intercambien dicha información.***]

d) La duración prolongada de la colaboración que tienda a eliminar o disminuir notablemente la competencia en ese mercado.

B. Características del mercado

60. Los acuerdos de colaboración se llevan a cabo en un determinado contexto de mercado. Por ello, la evaluación del efecto de un acuerdo de colaboración considerará las características existentes del mercado dentro de las cuales se circunscribe el mismo, y si se han modificado o no derivado de la existencia del acuerdo de colaboración. En este sentido, la Comisión reconoce que, por su estructura, hay mercados en los que es más fácil que existan acuerdos colusorios. Si el acuerdo de colaboración en cuestión se realiza en un mercado que presente dichas características, se

considerará que el mismo puede presentar mayores riesgos a la competencia. Es importante mencionar que la Comisión analizará de manera conjunta los elementos señalados a continuación, atendiendo a las particularidades de cada caso.

a)Disponibilidad de información en el mercado

61.Diseñar, mantener y vigilar un acuerdo colusorio o acomodar estrategias entre competidores requiere generalmente de un grado significativo de transparencia en las decisiones estratégicas, esto es, disponibilidad de información estratégica como oferentes en un mercado. Un elevado grado de disponibilidad de información, respecto de las decisiones estratégicas de los Agentes Económicos, especialmente en mercados concentrados, reduce los incentivos para competir.

b)Participantes en el mercado

62.Un reducido número de participantes en el mercado facilita el monitoreo en los mercados y la colusión. Los beneficios de apegarse a un acuerdo ilícito serán mayores en la medida que sea menor el número de participantes. Por otra parte, un elevado número de participantes dificulta alcanzar consenso respecto de los términos de un acuerdo y hace que la ganancia potencial de incumplirlo sea mayor.

63.La Comisión considerará menos probable que el acuerdo de colaboración detone riesgos en mercados con muchos participantes. Por el contrario, cuando se trate de mercados con pocos participantes u oligopólicos, resulta más probable que los acuerdos de colaboración causen efectos colusorios.

c)Simetría entre competidores

64.La simetría entre los competidores, en términos de participaciones de mercado, tecnología, modelos de negocio y de costos, entre otros, conduce a una convergencia de incentivos y facilita la colusión. La Comisión considerará que existirán mayores riesgos cuando los acuerdos de colaboración se den entre empresas que son relativamente simétricas.

d)Características del producto o servicio

65.Diseñar y vigilar acuerdos colusorios, o inducir conductas coordinadas, es más difícil cuando los productos o servicios son diferenciados. Es más sencillo acordar o seguir el precio de un producto homogéneo que de productos diferenciados.

66.Esta Comisión considera que, en términos generales, la homogeneidad del producto constituye un mayor riesgo para la colusión y, por lo tanto, los acuerdos de colaboración en ese contexto hacen más probable que sean considerados un riesgo a la competencia.

e)Dinámica del mercado

67.Mercados que son altamente cambiantes generan mayor incertidumbre y crean incentivos diversos a distintos participantes, dificultando la colusión. La Comisión considerará que un acuerdo de colaboración tendrá menores riesgos de dañar la competencia cuando los mercados sean dinámicos.

f)Innovación

68.Un mercado en el que la innovación es frecuente y los productos son heterogéneos o diferenciados resulta menos propicio para la colusión. Lo anterior, toda vez que los términos de la coordinación tendrían que ajustarse continuamente y conciliarse incentivos cambiantes de los participantes. La

Comisión considerará que un acuerdo de colaboración tendrá menos riesgo de dañar la competencia cuando sean mercados con constante innovación.

g) Barreras a la entrada

69. La existencia de barreras a la entrada facilita la colusión, al inhibir la entrada de nuevos competidores que puedan ejercer presión competitiva en el mercado.

C. Participación de los Agentes Económicos en el mercado

70. La Comisión podrá analizar, no sólo el mercado implicado directamente en el acuerdo de colaboración, sino también aquellos mercados que pudieran ser afectados por dicho acuerdo. En este sentido, se considerarán como mercados afectados aquéllos en los que los competidores acuerden colaborar, pero también podrían incluir mercados adicionales en los que los participantes del acuerdo sean competidores actuales o potenciales.

71. Para identificar participaciones de posibles mercados afectados o adicionales, la Comisión podrá considerar la información proporcionada por los Agentes Económicos en el marco de concentraciones económicas notificadas ante la misma, o bien, derivada de los análisis de prácticas monopólicas, concentraciones ilícitas, o investigaciones derivadas de lo dispuesto en los artículos 94 o 96 de la LFCE, siempre y cuando dicha información sea reciente y continúe siendo aplicable.

72. Una alta participación combinada de mercado por parte de los Agentes Económicos involucrados en el acuerdo de colaboración incrementa los riesgos de colusión. Entre menor participación combinada de los Agentes Económicos en los mercados afectados, menor es el riesgo de que facilite la colusión.

V. ALGUNOS TIPOS DE ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES

73. Los Agentes Económicos competidores entre sí, suelen realizar acuerdos de colaboración con la finalidad de incrementar la innovación en investigación y desarrollo de nuevos productos o para la mejora de los productos existentes. Asimismo, dichos acuerdos de colaboración pueden celebrarse con el propósito de mejorar mecanismos de producción, distribución y comercialización.

74. No obstante, como ya se ha detallado, estos acuerdos de colaboración entre competidores también pueden restringir la competencia, al facilitar la coordinación y colusión entre los mismos competidores.

75. Para efectos de esta Guía, los tipos de acuerdos de colaboración entre competidores más comunes son de manera enunciativa mas no limitativa los siguientes: (i) acuerdos de I+D; (ii) acuerdos de co-producción; (iii) acuerdos de compra; (iv) acuerdos de comercialización; y (v) acuerdos de estandarización.

76. Los acuerdos de colaboración entre competidores pueden adoptar diversas formas jurídicas que van desde acuerdos verbales, hasta alianzas estratégicas, *Joint Venture*s, con o sin la formación de una nueva persona moral, o incluso, como ya se mencionó, pudieran tratarse de concentraciones.

77. Respecto a las prácticas monopólicas absolutas la Comisión podrá considerar de manera conjunta y enunciativa, mas no exhaustiva, según sea el caso, los siguientes elementos generales de los acuerdos de colaboración al evaluar si por su efecto, el acuerdo de colaboración configura alguno de los supuestos del artículo 53 de la LFCE.

a) *Número de participantes y sus participaciones en el mercado*.

b) *El nivel de intercambio de información realizado para llevar a cabo el acuerdo de colaboración.*

c) *La necesidad o carácter indispensable del acuerdo*.

[Comentario Creel: Consideramos que el párrafo 77 anterior y los tres incisos señalados generan una incertidumbre que podría terminar con cualquier posibilidad de que un agente económico o los asesores legales de éstos busquen llevar a cabo acuerdos de colaboración lo que terminaría con el objetivo de esta Guía.

a) *"Número de participantes y participación de mercado": Con un lenguaje tan amplio, no existe certidumbre respecto de qué podría considerar la COFECE como un número suficiente de competidores para considerar que el acuerdo pudiera considerarse como práctica monopólica (2, 3 o 10 competidores)? Sucede lo mismo con las participaciones de mercado: ¿cuánto consideraría la COFECE como un indicio para analizar si el acuerdo es ilícito o no? (10%, 30% o 50%).*

b) *"Nivel de intercambio de información": aun cuando un determinado acuerdo de colaboración (e.g., compras conjuntas) pudiera generar intercambio de información sensible, las partes pueden implementar mecanismos que permitan que ese intercambio se lleve a cabo conforme a las directrices internacionales de intercambio de información, por el "nivel" de intercambio de información no necesariamente significa que las partes estén llevando a cabo una práctica ilegal siempre y cuando se implementen los mecanismos de prevención adecuados.*

c) "Necesidad o carácter de indispensable del acuerdo": Como bien lo ha señalado la Guía, incluyendo el párrafo de apertura de esta sección (párrafo 73) los acuerdos de colaboración pueden celebrarse con el propósito de mejorar mecanismos de producción, distribución y comercialización, sin que esto los haga "necesarios o indispensables"; es decir, en muchos casos los acuerdos de colaboración se llevan a cabo para eficiente procesos y con ellos generar mayor competencia, lo que no significa que sean necesarios o indispensables.

Por lo anterior, sugerimos eliminar el párrafo 7 y los incisos anteriores.]

78. A continuación, se hace una breve explicación de los principales acuerdos de colaboración antes mencionados. Cabe señalar que, para cada tipo de acuerdo de colaboración únicamente se consideraron sus características definitorias. Sin embargo, se reconoce que los acuerdos pueden contener elementos de diversos tipos.

A. Acuerdos de Investigación y Desarrollo

79. Los acuerdos de I+D pueden variar tanto en su forma y diseño legal, como en su alcance y ámbito de aplicación.

80. Este tipo de acuerdos de colaboración puede incluir el *outsourcing* o subcontratación de ciertas actividades de investigación y desarrollo; la coordinación entre los Agentes Económicos competidores para llevar a cabo dichas actividades; la creación de una empresa distinta para llevar a cabo actividades de I+D; o un acuerdo mediante el cual un Agente Económico proporciona principalmente los fondos para que otros competidores lleven a cabo las actividades de I+D.

81. Los acuerdos de I+D pueden tener como objetivo la mejora conjunta de tecnologías o productos existentes, o el desarrollo de nuevas tecnologías[~~11~~10] o productos.

82. Dichos acuerdos generalmente no son problemáticos, especialmente si se dan las siguientes condiciones: (i) efectivamente posibilitan la realización de actividades de investigación y desarrollo; (ii) dichas actividades podrían llevarse a cabo de manera más efectiva conjuntamente; (iii) no incluyen acuerdos de explotación conjunta; (iv) la duración es temporal; ~~y, (v) son celebrados por unos pocos participantes que, conjuntamente, no tengan una amplia participación en el mercado objeto del acuerdo.~~[***Comentario Creel: Sugerimos eliminar en la medida de lo posible la referencia a "pocos participantes" o referencias a participaciones de mercado si no se va a ser más específico en qué umbrales podrían tomarse en cuenta para tales efectos.***]

83. En el caso de los acuerdos de I+D cuyo objeto o efecto sea manipular los precios, restringir la oferta o asignar mercados, se podría incurrir en alguna de las conductas señaladas por el artículo 53 de la LFCE. Aunque el objeto dichos acuerdos efectivamente sea la investigación y desarrollo para la mejora de tecnologías y productos existentes, dichos acuerdos pueden generar efectos contrarios a la competencia cuando se generan incentivos a disminuir la innovación, y, por tanto, se afecte la cantidad o calidad de los productos o servicios. Asimismo, cuando los involucrados vayan más allá del acuerdo de colaboración de I+D, o cuando se limita la toma de decisiones independientes de las partes competidoras, estos acuerdos podrían dañar la competencia.

[~~11~~10] A través del otorgamiento de permisos o licencias sobre derechos de Propiedad Intelectual.

84. Para determinar si los acuerdos de colaboración de I+D tienen una mayor probabilidad de generar efectos colusorios en términos del artículo 53 de la LFCE, la Comisión tomará en cuenta de manera conjunta y enunciativa, mas no exhaustiva, según sea el caso, la presencia de los siguientes elementos:

a) *Número de participantes y sus participaciones en el mercado*: Se considerará que entre mayor sea la participación de mercado de los competidores involucrados, mayor es la probabilidad de eliminar los incentivos para competir y reducir la innovación.

b) *El tipo y etapa de la investigación*: Se analizará sobre qué fase de la investigación son los acuerdos, tomando en cuenta el impacto directo o indirecto de la investigación en los productos.

c) *Mercados existentes o mercados de innovación*: Se reconoce que los acuerdos de I+D generan posibles efectos tanto en los mercados de tecnologías y productos ya existentes, como en el mercado de tecnologías o productos nuevos, por lo que se tomarán en cuenta los efectos en ambos escenarios, en caso de ser aplicable.

d) *El tipo de bien o producto*: Se tomará en consideración si el acuerdo aborda el desarrollo de una tecnología o de productos; así como la duración del mismo, toda vez que entre menos definidos se encuentren los productos o tecnologías y la duración del acuerdo, se considerará que mayor es la probabilidad de colusión entre competidores.

e) *La necesidad o carácter indispensable del acuerdo*: Se tomará en cuenta si los costos de llevar a cabo dichas actividades son demasiado altos para ser realizados por un solo agente económico; si dichos acuerdos son necesarios para realizar las actividades de investigación y desarrollo, y si las restricciones impuestas a la capacidad de competir son proporcionales para la realización de dichas actividades.

f) *Acuerdos puros de investigación y desarrollo o acuerdos de investigación y desarrollo con explotación conjunta*: Se analizará si los acuerdos se limitan a actividades de investigación y desarrollo o bien, si éstos incluyen actividades de explotación conjunta (licencias, distribución o comercialización). La Comisión considerará que los acuerdos de investigación y desarrollo con explotación conjunta de los productos desarrollados, implican un mayor riesgo de tener como consecuencia alguna de las prácticas previstas en el artículo 53 de la LFCE.

g) *El tipo de información intercambiada en los acuerdos de colaboración en investigación y desarrollo*: Se considerará que el intercambio de información relacionado con precios, oferta y estrategias comerciales implica un mayor riesgo que otro tipo de información comercial. Para estos efectos, deberá atenderse a lo dispuesto en la Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos.

h) *Estandarización*: Se analizará si existe estandarización de la producción mediante acuerdos de desarrollo e investigación, y la restricción de competencia por dicha estandarización.

Ejemplo

Acuerdo I+D:

Dos Agentes Económicos que participan en el mercado de teléfonos celulares. Ambos Agentes Económicos invierten recursos de forma separada en I+D, para mejorar sus teléfonos existentes y desarrollar productos nuevos. Estos Agentes Económicos realizan un acuerdo de colaboración en I+D con la finalidad de sumar sus esfuerzos en dicha área. El objetivo del acuerdo se define como la mejora conjunta de los teléfonos existentes y el desarrollo de productos nuevos.

Escenario con mayor riesgo de efectos colusorios

La participación conjunta de ambos Agentes Económicos en el mercado de teléfonos celulares es elevada, los términos del acuerdo en cuánto a los productos a desarrollar no son claros y su duración es indeterminada, por ende, el acuerdo de colaboración no es indispensable, ya que el desarrollo de teléfonos nuevos lo pueden hacer de forma independiente. Asimismo, se acuerda que la comercialización de los nuevos productos se realice de forma conjunta entre dichos Agentes Económicos.

Escenario con menor riesgo de efectos colusorios

El acuerdo posibilita la realización de las actividades de I+D de forma más efectiva al ser conjunta, no se incluye la explotación conjunta de los productos nuevos, se define la duración del acuerdo respecto a un producto en específico, y la participación conjunta en el mercado de las empresas A y B no es elevada.

B.Acuerdos de co-producción

85.Los acuerdos de co-producción también pueden variar tanto en su forma o naturaleza jurídica, como en su alcance y ámbito de aplicación.

86.Este tipo de acuerdos pueden realizarse a través de alianzas estratégicas de cooperación o mediante otro tipo de cooperación más flexible; es decir, mediante la producción conjunta o mediante acuerdos de subcontratación a través de los cuales un agente competidor encarga a otro competidor la producción de determinado producto.

87.Estos acuerdos generalmente tienen como finalidad combinar tecnologías complementarias, conocimiento o activos que permitan la colaboración en la producción. Lo anterior, con el objeto de ahorrar costos de producción y producir un bien que no sería factible producir de forma independiente. Asimismo, estos acuerdos pueden generar beneficios como mayor calidad y variedad de productos.

88.Cuando los acuerdos de colaboración no tienen por objeto o efecto la producción conjunta para generar las mejoras de mercado, sino determinar el nivel de la oferta, o el precio de venta del producto en cuestión, así como el uso de activos u otros factores como la calidad y estrategias de

comercialización, se podría incurrir en una violación del artículo 53 de la LFCE, dependiendo del caso en concreto.

89. Sin perjuicio de que el objeto de dichos acuerdos efectivamente sea la colaboración para la producción, éstos podrían afectar la competencia al facilitar la coordinación entre los Agentes Económicos competidores para restringir la oferta o aumentar precios, así como el intercambio de información comercial estratégica en términos de la Guía de Intercambio de Información entre Agentes Económicos. Adicionalmente, pueden facilitar la colusión en el mercado afectado, como proveedores del producto desarrollado.

90. Para determinar si los acuerdos de producción tienen mayor probabilidad de generar efectos colusorios en términos del artículo 53 de la LFCE, la Comisión tomará en cuenta de manera conjunta y enunciativa, mas no exhaustiva, según sea el caso, la presencia de los siguientes elementos:

a) *Número de participantes y sus participaciones en el mercado*: Se considerará que entre mayor sea la participación conjunta en el mercado de los competidores involucrados, mayor es la probabilidad de limitar la competencia. Asimismo, se analizará qué tan estrechas son las relaciones de colaboración y si existen acuerdos adicionales.

b) *Necesidad del acuerdo o carácter indispensable del acuerdo*: Se tomará en cuenta si el acuerdo facilitó o no la creación o mejora de un nuevo producto el cual no hubiera sido posible en ausencia de la producción conjunta.

c) *Acuerdos puros de co-producción o acuerdos con comercialización conjunta*: Se analizará si mediante los acuerdos sólo se pacta la producción conjunta o si se pacta la comercialización conjunta (distribución y/o mercadotecnias conjuntas), así como si se realiza una fijación conjunta de precios de venta.

d) *El tipo de información intercambiada para la realización de la co-producción*: Se deberá atender a lo dispuesto en la Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos, y se considerará si el intercambio no va más allá de los datos necesarios para la producción conjunta.

e) Esta Comisión analizará si, previo al acuerdo, existían *costos de producción comunes entre los Agentes Económicos involucrados, y si el acuerdo de co-producción aumenta los costos comunes* de dichos agentes, toda vez que es más riesgoso cuando previo al acuerdo las partes ya tenían una significativa proporción de costos comunes.

Ejemplo

Acuerdo de co-producción:

Dos Agentes Económicos producen de forma conjunta un producto que ninguno de ellos podría producir individualmente. La finalidad del acuerdo es combinar tecnologías complementarias que permitan la producción del nuevo producto.

Escenario con mayor riesgo de efectos colusorios

El acuerdo posibilita que los Agentes Económicos determinen el precio de venta del producto que producen de forma conjunta, al prever que habrá comercialización conjunta.

Escenario con menor riesgo de efectos colusorios

Los Agentes Económicos cuentan con una baja participación en el mercado. El acuerdo de co-producción es puro, al no contemplar comercialización conjunta. La información que los Agentes Económicos intercambian se limita únicamente a la relacionada con la producción conjunta, y se atendió a las mejores prácticas conforme a la Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos.

C.Acuerdos de compra

91.Este tipo de acuerdos suelen realizarse con el objeto de crear poder de negociación o generar economías de escala entre los Agentes Económicos para comprar conjuntamente, de uno o más proveedores, todos o algunos insumos necesarios para la elaboración de un producto, con la finalidad de mejorar los términos y condiciones de la adquisición.

92.La compra conjunta suele realizarse mediante un acuerdo contractual, alianzas, una empresa controlada conjuntamente, o formas menos rígidas de cooperación. En este sentido, una forma común de un acuerdo de compra conjunta es una alianza de empresas formada por un grupo de minoristas para la compra conjunta de productos que, coloquialmente son conocidos como “clubes de compras”.

93.Por lo anterior, se sugiere a los Agentes Económicos que sometan voluntariamente el acuerdo de colaboración al procedimiento de análisis de concentraciones, pues podrían constituir una concentración en términos de la LFCE, independientemente de que actualice o no alguna de las fracciones del artículo 86 de la LFCE.

94.La existencia de estos acuerdos puede permitir a las pequeñas y medianas empresas comprar productos o servicios a los que no podrían tener acceso individualmente, y les facilita obtener descuentos similares a los de competidores más grandes. Asimismo, pueden dar lugar a precios

más bajos o productos o servicios de mayor calidad para los consumidores. De igual manera, pueden generar ahorros en costos y menores costos de transacción, así como ahorro en almacenamiento y la inversión conjunta en infraestructura, que de otro modo no existiría.

95. Aunado a lo anterior, un beneficio adicional de un club de compras, es que las empresas trasladen los beneficios obtenidos a los consumidores finales.

96. Sin perjuicio de que la finalidad principal de dichos acuerdos efectivamente sea la colaboración para la compra conjunta, los mismos pueden generar efectos contrarios a la competencia cuando facilitan la colusión mediante la estandarización de costos de producción de los Agentes Económicos o mediante la capacidad de monitorear y proyectar el nivel de oferta de los demás Agentes Económicos a través del acuerdo de colaboración y de compra de sus insumos. Asimismo, dichos acuerdos pueden aumentar o crear el poder de negociación de los participantes desmesuradamente, limitando la competencia.

97. Asimismo, considerando la redacción de la fracción I del artículo 53 de la LFCE, estos acuerdos corren riesgo de ser considerados como una restricción a la competencia, toda vez que pudiera interpretarse que implican la "fijación, elevación o concertación" del precio de compra de bienes o servicios al que son ofrecidos en un mercado, ya que la LFCE no distingue entre acuerdos para fijar precios en la **compra** o venta de bienes o servicios.

98. Adicionalmente, dichos acuerdos, indirectamente, pueden afectar al mercado de venta de los productos finales, al generar presión para aumentar los precios, reducir la producción, innovación, variedad y calidad.

99. Para analizar los posibles efectos colusorios, la Comisión tomará en cuenta de manera conjunta y enunciativa mas no limitativa, según sea el caso, la presencia de los siguientes elementos:

a) *Si las partes compiten, además, en uno o varios mercados aguas abajo:* En uno o más mercados para la venta de dichos productos o en otros que dependan de éstos como insumos. En este supuesto, se podrá tomar en consideración los costos comunes en dichos mercados, toda vez que entre más significativa sea la proporción de costos comunes en mercados de ventas, más probable es la colusión en tales mercados derivada de la compra conjunta. Asimismo, se podrá considerar el porcentaje que represente el costo del insumo comprado conjuntamente en los costos totales por ventas de cada competidor[~~12~~11].

b) *Si el acuerdo de colaboración reduce los incentivos o la capacidad de Agentes Económicos para competir de forma independiente con respecto a la oferta y venta de los productos en cuestión*: Se tomará en cuenta si los Agentes Económicos tienen la libertad o no de determinar el precio de venta de los productos adquiridos conjuntamente.

c) *Los efectos del acuerdo en el precio para el consumidor final*: Se analizará si el acuerdo de compra ha favorecido al consumidor final, reduciendo los precios de venta finales, dada

[~~12~~11] A manera de ejemplo, las *Antitrust guidelines for horizontal collaborations among competitors* del Department of Justice (DOJ) y Federal Trade Commission (FTC) de los Estados Unidos de América señalan como "zona segura" aquellos casos en que los costos del insumo comprado conjuntamente representen menos del 20% de los costos totales por ventas de cada competidor. De igual forma, la Unión Europea ha estimado como "zona segura" aquellos casos en que los costos del insumo comprado conjuntamente representan menos del 15% de los costos totales por ventas de cada competidor.

la reducción en los costos de los insumos del vendedor, o, al contrario, si su efecto ha sido estandarizar dichos precios y en algunos casos elevarlos, al favorecer el monitoreo y proyección de los volúmenes de producción entre competidores.

d) *Agregación de compras*. Se podrá tomar en cuenta la existencia de otros posibles acuerdos de compra conjunta en el mercado. Asimismo, se podrá analizar el porcentaje que representen las compras agregadas en el mercado total del insumo comprado conjuntamente[~~13~~12].

e) *El nivel de intercambio de información realizado para llevar a cabo la compra conjunta*: Se deberá atender a lo dispuesto en la Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos, y si el intercambio no va más allá de los datos necesarios para la compra conjunta. Se considerará la necesidad o el carácter indispensable de la compra conjunta, así como del intercambio de información para su realización, toda vez que las restricciones que no resulten necesarias para lograr los beneficios de estos acuerdos, tienen mayor probabilidad de generar efectos contrarios a la LFCE.

Ejemplo

Acuerdos de compra:

Un grupo de minoristas llevan a cabo un acuerdo para comprar de forma conjunta y a través de un mandatario, el insumo X, el cual es necesario para la producción de distintos bienes. Los minoristas se obligan a comprar un volumen mínimo.

Escenario con mayor riesgo de efectos colusorios

Los minoristas se obligan a comprar la totalidad de sus insumos a través del mandatario, por lo que la mayor parte de los costos de los minoristas son similares o idénticos. Adicionalmente, el mandatario establece una lista de precios mínimos para los minoristas, lo cual impide que los ahorros alcanzados en virtud de la compra conjunta beneficien a los consumidores finales.

Escenario con menor riesgo de efectos colusorios

El acuerdo lo celebran con el objetivo de reducir los costos de adquisición y negociación y con la finalidad de poder competir con los demás competidores, cuya participación individual en el mercado, supera la participación conjunta que tienen los minoristas. Los minoristas, a su vez, pueden elegir comprar más del volumen mínimo a la organización, e incluso pueden comprar a otros proveedores. Mediante el acuerdo se alcanzaron descuentos sustanciales, los que trasladan a los consumidores finales.

[~~13~~12] A manera de ejemplo, el DOJ y la FTC han fijado una serie de criterios y lineamientos en los que se considera que se encuentran en "zona segura" aquellas compras agregadas que representen menos del 35% del mercado total del insumo comprado conjuntamente de conformidad con las *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*.

D.Acuerdos de mercadeo o comercialización

100.Estos acuerdos implican la cooperación entre competidores para vender, distribuir o promover bienes o servicios que son producidos de forma independiente o conjunta.

101.La experiencia internacional reconoce que dichos acuerdos pueden tener efectos competitivos cuando se desarrollan nuevos productos o se accede a nuevos mercados, en cuyo caso se pueden generar eficiencias, como el ahorro de costos de distribución, economías de escala, e incluso la entrada de pequeños productores a la cadena de suministro que no tendrían acceso de manera individual.

102.Este tipo de acuerdos pueden ser contrarios a lo dispuesto en el artículo 53 de la LFCE, cuando se incluyan acuerdos de precios, oferta u otras variables importantes, o incluyan el uso de activos relevantes que les impidan seguir compitiendo independientemente, si se fomenta el intercambio de información estratégica en términos de la Guía de Intercambio de Información entre Agentes Económicos.

103.Los acuerdos de distribución y/o comercialización conjunta suelen constituir arreglos sobre el precio de venta o sobre la distribución recíproca por zonas geográficas, por lo que dichos acuerdos tienen riesgo de ser considerados contrarios a la competencia, ya sea por fijación de precios o por segmentación de mercados.

104. Sin perjuicio de los beneficios que pueden generar estos acuerdos de colaboración en comercialización, en determinados supuestos dichos acuerdos pueden ser contrarios a lo dispuesto en el artículo 53 de la LFCE. Para analizar los posibles efectos colusorios, la Comisión tomará en cuenta de manera conjunta y enunciativa, mas no limitativa según sea el caso, la presencia de los siguientes elementos:

a)*Participantes en el acuerdo de colaboración y sus participaciones en el mercado*: Se considerará que entre mayor sea la participación en el mercado de los competidores involucrados, mayor es la probabilidad de eliminar los incentivos para competir.

b)*Si el acuerdo entre los Agentes Económicos competidores involucra la distribución o comercialización recíproca de sus productos, y si lo hacen en zonas geográficas diferentes*: Toda vez que esto facilite la asignación y distribución de mercados.

c)*Si los acuerdos se limitan a la comercialización conjunta o si incluyen otra forma de cooperación entre los agentes competidores entre sí, ya sean acuerdos de investigación y desarrollo conjunto, de co-producción, o de compra conjunta*: Se analizará si el acuerdo incluye una gran cantidad de actividades en la venta o distribución, o si sólo se enfoca a un solo aspecto.

d)*El intercambio de información realizado para llevar a cabo la distribución o comercialización conjunta:* Deberá ser el estrictamente necesario y proporcional para la distribución, y, por tanto, la información intercambiada no trasciende a su naturaleza, temporalidad y alcance del acuerdo de cooperación. Para estos efectos, deberá atenderse a lo dispuesto en la Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos.

e)*La necesidad o el carácter indispensable del acuerdo*: Se tomará en cuenta si el acuerdo facilitó la introducción de un producto en un nuevo mercado, o permitió la disminución

en el precio al consumidor derivado de menores precios de distribución, los cuales no hubieran sido posibles en ausencia del acuerdo de comercialización conjunta.

Ejemplo

Acuerdos de mercadeo o comercialización:

Cuatro florerías de una misma ciudad acuerdan crear un mecanismo de mercadeo y comercialización conjunta para la venta y envío de flores, haciendo pedidos por internet.

Escenario con mayor riesgo de efectos colusorios

Las florerías cuentan con una alta participación en el mercado. El acuerdo de comercialización conjunta también incluye la compra conjunta de los principales insumos de las florerías. En el marco del acuerdo de comercialización, se intercambia información referente a ventas, costos y proyecciones futuras de cada empresa.

Escenario con menor riesgo de efectos colusorios

Las cuatro florerías cuentan con una baja participación en el mercado, y la comercialización conjunta solo se limita a las ventas por internet, por lo que continúan comercializando sus productos de manera independiente a través decanales tradicionales. Asimismo, la información que intercambian con motivo del acuerdo de mercadeo y comercialización conjunta, se apega a las mejores prácticas, conforme a la Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos.

E.Acuerdos de estandarización

105. Los acuerdos de estandarización varían en su diseño jurídico como en su finalidad y ámbito de aplicación. Este tipo de acuerdos tienen como principal objetivo definir requisitos técnicos, cuantitativos o cualitativos que deben satisfacer determinados productos y servicios o procedimientos y métodos de producción.

106. La estandarización puede atender a especificaciones técnicas en mercados en los que es indispensable la compatibilidad e interoperabilidad con otros productos o tecnologías; a un distintivo de calidad, o a la autorización por parte de un órgano regulador o normatividad, tales como las normas oficiales mexicanas[~~14~~13].

107. Dichos acuerdos pueden fomentar el desarrollo de productos nuevos y de mejor calidad, aumentando compatibilidad e interoperabilidad; así como mejores condiciones de suministro, y reducción de costos de producción y de venta.

[~~14~~13] De acuerdo con el artículo 40 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, las NOMS tienen como finalidad establecer estándares y condiciones de productos y servicios, así como procesos productivos para la prevención y control de riesgos en prestación de servicios y producción de ciertos bienes. Actividades riesgosas que impacten salud, medio ambiente, entre otras.

108. En los supuestos en los que los acuerdos de estandarización no tienen por objeto principal establecer estándares de compatibilidad, interoperabilidad o calidad, sino fungir como instrumento o mecanismo para restringir la oferta o asignar mercados, estos acuerdos podrán ser considerados ilícitos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la LFCE.

109. Sin perjuicio de que la finalidad principal de dichos acuerdos efectivamente sea el establecer los estándares para generar las mejoras antes mencionadas, dichos acuerdos pueden generar efectos restrictivos a la competencia, pudiendo limitar la competencia de precios o la producción, la innovación o el desarrollo técnico, la exclusión de tecnologías innovadoras y la eliminación o discriminación de ciertas empresas impidiéndoles un acceso efectivo al estándar. Asimismo, dichos acuerdos pueden resultar en la limitación de la oferta.

110. Para analizar los posibles efectos colusorios, la Comisión tomará en cuenta de manera conjunta y enunciativa, más no limitativa, la presencia de los siguientes elementos:

a) *Naturaleza del estándar*: Se considerará que los riesgos de restricción de la competencia aumentan cuando la fijación de especificaciones técnicas para un producto o un servicio son suficientemente detalladas que permiten limitar el desarrollo técnico y la innovación; y cuando uno o más agentes competidores quedan excluidos de forma injustificada del proceso de fijación del estándar.

b) *Determinación del estándar:* Se analizará si la participación en la determinación de estándares no está restringida, si el proceso de definición de estándares es transparente, si el cumplimiento de los estándares es voluntario y no existe obligación y sanción por incumplimiento del mismo, y si el acceso a los estándares es abierto, razonable y no discriminatorio. Así, se tomará en cuenta si los agentes continúan teniendo libertad para desarrollar estándares o productos alternativos que no cumplan el estándar acordado.

c) *La necesidad o el carácter indispensable del acuerdo*: Se tomará en cuenta si el alcance del acuerdo no trasciende a la finalidad de los acuerdos de estandarización, esto es, para obtener mejoras de interoperabilidad y compatibilidad técnicas o de un determinado nivel de calidad.

Ejemplo

Acuerdos de estandarización:

Dos Agentes Económicos dedicados a la producción y comercialización de empaques de cartón celebraron un acuerdo comercial para establecer estándares de envasado de determinado producto, tanto en el peso como el volumen. Lo anterior, como una política en favor de la eficiencia en el reciclaje de los empaques de cartón.

Derivado del acuerdo de estandarización, dichos Agentes Económicos productores y comercializadores del producto, llevaron a cabo diversas reuniones para el intercambio de información relacionado con el envasado, así como con la implementación del programa a favor del reciclaje.

Escenario con mayor riesgo de efectos colusorios

Los dos Agentes Económicos competidores entre sí, a través del acuerdo y de dichas reuniones, intercambiaron información sensible que trascendía al objeto de establecer un estándar de reciclaje. Asimismo, respecto a la comercialización de los productos, los Agentes Económicos competidores acordaron no modificar los precios de los mismos mientras estuviera vigente el programa de estandarización. Adicionalmente, ambos Agentes Económicos acordaron no realizar actividades promocionales. Lo anterior, se llevó a cabo mediante intercambio de información sensible que trascendía al objeto de la estandarización del envasado.

Escenario con menor riesgo de efectos colusorios

La información intercambiada se limitó a la estrictamente necesaria para establecer el estándar del envasado, por lo que los dos Agentes Económicos no discutieron información de costos o precios. Asimismo, el proceso para la determinación del estándar se realizó de forma transparente, y una vez que se acordó el estándar, este se hizo de adopción voluntaria en todo momento, no existiendo sanciones en caso de que no se siga el mismo.

VI. PROGRAMA DE INMUNIDAD Y REDUCCIÓN DE SANCIONES

111. Los Agentes Económicos, personas físicas o morales, que realicen o hayan realizado directamente, o bien hayan coadyuvado, propiciado o inducido acuerdos ilegales que constituyan prácticas monopólicas absolutas, pueden acudir a la COFECE para reconocer su participación y aportar los elementos de convicción que sustenten dicho reconocimiento a fin de obtener una reducción de las sanciones que les corresponderían e inmunidad penal.

112. Los acuerdos de colaboración entre competidores, cuando configuren una práctica monopólica absoluta, están considerados dentro del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones.

113. Para mayor información de este Programa, favor de dirigirse a la página de la Comisión www.cofece.mx, al siguiente enlace para información general https://www.cofece.mx/cofece/index.php/cofece/que-hacemos/practicas-monopolicas-absolutas/programa-de-inmunidad o al enlace https://www.cofece.mx/cofece/phocadownload/Normateca/Guias/guia_programa_inmunidad.pdf para conocer la Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones.

VII. CONSULTAS ANTE LA COFECE

114. Los Agentes Económicos, cámaras empresariales o asociaciones profesionales, y sus representantes o funcionarios que tengan dudas sobre los acuerdos de colaboración, podrán solicitar a la Comisión ahondar sobre su caso particular. Lo anterior, con la finalidad de que la autoridad proporcione su opinión sobre dichos acuerdos y sus potenciales efectos, y de esta forma prevenir infracciones a la LFCE. Para estos mismos fines, los interesados podrán acercarse a la Comisión para solicitar una orientación general no vinculante.

115. El solicitante deberá proporcionar la mayor información posible relacionada con el acuerdo de colaboración, con el objeto de que pueda la Comisión emitir una respuesta concreta y directamente relacionada con el caso. En este sentido, mientras mayores elementos se tengan para analizar el caso, la orientación será más específica.

116. La Comisión publicará estas consultas y sus respuestas, exceptuando la información confidencial o reservada. La respuesta que emita la Comisión como resultado de la solicitud de orientación general no tendrá efectos vinculantes.

VIII. CONTACTO CON LA COFECE

117. Para mayor información en materia de acuerdos de colaboración entre competidores, favor de comunicarse a la Comisión.

118. Para atención telefónica, los particulares pueden dirigirse a los números de la Ciudad de México 2789-6601 en un horario de 8:30 am a 7:30 pm o al correo electrónico aicomunicacion@cofece.mx.

IX. MARCO NORMATIVO APLICABLE

119. El marco normativo aplicable a los acuerdos de colaboración entre competidores y a la presente Guía es:

a) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

b) La LFCE;

c) Las Disposiciones Regulatorias; y,

d) El Estatuto.