

Ciudad de México, a 29 de enero de 2018.

Comisión Federal de Competencia Económica
Presente
Vía correo electrónico

Re: Comentarios al Anteproyecto de Guía sobre
Acuerdos de Colaboración entre Competidores

Por el presente nos permitimos presentar respetuosamente para su consideración nuestros comentarios al Anteproyecto de la Guía sobre Acuerdos de Colaboración entre Competidores (al cual nos referiremos como “Anteproyecto”) que se encuentra disponible en el sitio web oficial de la COFECE, cuyo extracto fue publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha 30 de noviembre de 2017.

Se aprecia y reconoce el esfuerzo realizado por la COFECE en elaborar el Anteproyecto de esta guía tan esperada desde hace años en México con respecto a los acuerdos de colaboración entre competidores, los cuales, a la luz de nuestra legislación vigente, parecen un tema embarazoso o escabroso; cuando en realidad tendría que hablarse con mucho más apertura y franqueza entre autoridad y practicantes.

Como reflexión general, en la redacción y lenguaje utilizado en el Anteproyecto, se aprecia una situación poco cómoda para la autoridad por la limitante tan estricta, *per se* por objeto y por efecto, en nuestro marco legal y las resoluciones judiciales existentes en México con respecto a la regulación de prácticas monopólicas absolutas.

En el reporte denominado “Antitrust Guidelines for Horizontal Collaborations among Competitors” elaborado por la Dra. Rosa M. Abrantes-Metz en Septiembre de 2012 para el Centro Regional de Competencia, se presentan recomendaciones para las autoridades de competencia en Latinoamérica para llevar a cabo el análisis de acuerdos entre competidores con base en las mejores prácticas internacionales, en el objetivo de proporcionar principios que sirvan de guía a dichas autoridades, incluyendo específicamente a México.

Se reconoce precisamente que dicha guía aplica para acuerdos que no son por sí mismos (*per se*), especialmente por su objeto, ilegales. Y en dicha guía (así como las implementadas

específicamente en los Estados Unidos de América¹ y la Unión Europea²) con naturalidad se reconoce que los acuerdos de colaboración entre competidores pueden tener múltiples efectos económicos benéficos para las economías de mercado y los consumidores y, la evaluación de posibles efectos accesorios anticompetitivos requiere de un análisis bajo la regla de la razón, es decir, una evaluación de aquellos efectos que, al no ser objeto principal o directo de un acuerdo de colaboración, a pesar de ser restrictivos, en su balance el acuerdo puede resultar pro-competitivo, sin limitar la independencia y competencia entre las partes fuera del objeto del acuerdo concreto, y representar beneficios para el mercado y el consumidor final.

Recordando la evolución legislativa en México en materia de competencia económica, nuestra anterior ley publicada en diciembre de 1992 adoptó en su artículo 9º la regla *per se* de Estados Unidos, más la regla de objeto y efecto, perdiendo de vista que en la unión americana y en Europa el análisis de efectos accesorios no es necesariamente *per se* y entonces entra el elemento de regla de la razón para el análisis de efectos o restricciones accesorias. La LFCE de 2014, si bien introdujo algunos elementos nuevos a la regulación de las prácticas monopólicas absolutas, específicamente con respecto al intercambio de información, mantuvo la fórmula *per se* + objeto/objeto.

Por tanto, ¿cómo definir que un acuerdo de colaboración con posibles efectos accesorios restrictivos no es ilegal *per se* en México si nuestra legislación (concretamente artículo 53 de la Ley Federal de Competencia Económica) no distingue el tratamiento entre restricciones por objeto y por efecto, entre colusión directa y efectos anticompetitivos accesorios (pero que podrían ser evaluables bajo la regla de la razón según se ha comprobado bajo la experiencia en países con experiencia, legislación y resoluciones judiciales más avanzadas sobre el tema)?



En la medida en que por la legislación actual la COFECE se vea a si misma con las “manos atadas” para abiertamente reconocer que ciertos efectos accesorios o restricciones por efecto en acuerdos de colaboración pueden ser evaluados bajo la regla de la razón, tal y como lo reconocen los precedentes judiciales, regulación y guías de acuerdos horizontales de colaboración de países de avanzada como Estados Unidos y Europa, en México nos mantendremos limitados y, por tanto, atrasados en este tema. Y más obsoletos aún estaremos, ante la realidad actual de las plataformas tecnológicas, las empresas Fintech y las nuevas formas de contratación y colaboración a través de aquéllas, que están generando nuevos retos de análisis y cuestionamientos en materia de competencia a nivel internacional, los cuales, con nuestra legislación actual, nos ponen bajo una situación de mayor retraso e incertidumbre jurídica.

No somos ajenos a que pudiera existir temor en la autoridad de competencia de que al tratar con mayor claridad este tema y mostrar una mayor apertura de análisis en acuerdos de colaboración conforme a la experiencia internacionalmente reconocida, se dé un paso hacia atrás en relación con los avances que ya se han tenido en México con respecto a la promoción y generación de cultura de la competencia y lucha contra conceptos tan desviados y mal arraigados entre ciertos empresarios de que una competencia “leal y honorable” es aquella en donde los competidores acuerdan no competir.

¹ *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors.*

² *Guidelines on the applicability of Article 101 Horizontal Co-operation Agreements.*

Sin embargo, no podemos perder de vista que México es un país que está siendo ejemplar y novedoso en ciertos temas de competencia económica (como es el caso de la regulación de insumos esenciales). Y, por otra parte, es también un país en donde la inversión extranjera es clave en la vida económica actual del país, por lo que las grandes empresas que vienen a invertir a nuestro país, así como las empresas mexicanas que necesitan ser competitivas a nivel internacional, requieren certidumbre jurídica con respecto a este tipo de acuerdos que, sin ser colusorios, favorecen la unión de esfuerzos, bajo distintas figuras que no son concentraciones económicas, y que son benéficos para la economía y los consumidores finales.

Por ello, así como hemos sido innovadores a raíz de las reformas de 2013 y 2014, requerimos modernizarnos en cuanto al tema de acuerdos de colaboración. Reconocemos que esto no podrá ser realmente viable y con una mayor certeza jurídica, sin una reforma a la LFCE para incorporar alguna norma similar al artículo 101(3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFEU” por sus siglas en inglés). Por lo tanto, consideramos que la guía final que resulte de la revisión del Anteproyecto en cuestión, servirá como paso transitorio para promover una reforma a nivel legislativo, que otorgue mayor facultad de análisis para la autoridad, y mayor certidumbre jurídica para los agentes económicos y los practicantes.

Otro gran tema, que incluso requiera ser objeto de otra guía, sería definir qué se entiende por efectos benéficos para el consumidor. Ya se ha planteado en doctrina internacional la necesidad de que la autoridad de competencia evalúe otros temas que sobrepasan el simple análisis de ahorros en precios o eficiencias económicas para considerar otros beneficios al consumidor en los acuerdos de colaboración entre competidores, como es el caso de que competidores acuerden reducir el consumo para sus insumos de ciertos productos no biodegradables por productos biodegradables o menos agresivos con el medio ambiente. Dicho tipo de acuerdo implicaría un acuerdo de reducción de demanda de insumos de cierto tipo (sancionable bajo la regla *per se*) con incluso un incremento en precios del producto final al consumidor (efecto negativo económico), pero la eliminación de tal externalidad negativa ambiental puede generar mayores beneficios en el largo plazo.

Expuesto lo anterior, si bien el Anteproyecto es muy útil para brindar cierta “luz” con respecto a algunos puntos (por ejemplo, en “clubes de compras” la sugerencia de la autoridad es presentar el acuerdo para aprobación como concentración por los potenciales riesgos colusorios – párrafo 93 del Anteproyecto), no queda suficientemente clara la posición de la autoridad con respecto a posibles efectos restrictivos accesorios en un acuerdo de colaboración pro-competitivo. Como soporte de esto, de forma enunciativa nos referimos específicamente a los párrafos 56, 57 y 58, en los que si bien se reconoce que cuando un acuerdo de colaboración no tiene por objeto alguna de las conductas prohibidas bajo el artículo 53 de la LFCE pero “pudiera” tener como efecto una de dichas conductas, “se hará un análisis más exhaustivo”... pero posteriormente se señala que “de ningún modo implicará admitir justificaciones de ninguna índole si se actualiza alguno de los supuestos del artículo 53 de la LFCE”. Así que volvemos al mismo punto de inicio.

Asimismo, consideramos que los ejemplos de acuerdos que se presentan en la guía sobre acuerdos con menores riesgos, son muy conservadores, pues en la realidad se dan convenios mucho más complejos (sin llegar a los ejemplos evidentemente riesgosos o colusorios) que plantean cuestionamientos muy poco claros bajo la perspectiva legal actual.



Bajo las anteriores consideraciones, a continuación se presentan algunos comentarios o sugerencias con respecto al Anteproyecto, reconociendo la limitante del contexto legal actual:

Párrafo	Comentarios o cambios sugeridos
6	Se sugiere agregar lo subrayado a continuación: <i>“Un acuerdo de colaboración <u>entre competidores</u>, 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.”</i>
11	Se sugiere eliminar la primera parte del párrafo 11 en el sentido de que la Guía no es un documento jurídicamente vinculante. Sería muy cuestionable que la autoridad emitiera resoluciones contrarias a los criterios que presente en la Guía y ello generaría mayor falta de certeza jurídica.
14	Establece que: <i>“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.”</i> Consideramos que la Guía también debería de elaborarse en el sentido de presentar los elementos que se evaluarían en caso de que se presente un acuerdo de colaboración, que estrictamente no constituya concentración, pero que se notifique en forma voluntaria para análisis de la COFECE. Se abunda más sobre este tema al referirnos al párrafo 39 del Anteproyecto.
33	Siendo aún materia de discusión entre juristas y emisión de criterios judiciales la legalidad de considerar competidores a los “potenciales” para encuadrar alguna posible conducta bajo el artículo 53 de la LFCE, consideramos que si bien es útil conocer algunos elementos que la COFECE considerará para evaluar que un competidor sería potencial, en nuestra opinión, la posibilidad de participar en un mercado y poder realizar inversiones y obtener permisos, son elementos insuficientes para que un agente sea considerado competidor potencial. Considérese el caso de los múltiples acuerdos de distribución entre empresas internacionales y locales, en donde si bien las extranjeras tendrían la capacidad económica y legal para establecerse y abrir negocios propios en México, por distintas razones válidas comerciales y eficiencias económicas, deciden entrar al mercado mexicano a través de la distribución u otro tipo de acuerdos verticales, sin embargo, estos acuerdos contienen comúnmente cláusulas de exclusividad. ¿Serían dichas cláusulas analizadas como restricción vertical o como un acuerdo colusorio por la potencialidad de los contratantes de ser competidores?



39	Ya se han presentado varios casos ante la Comisión anterior y la COFECE en el sentido de que se han notificado voluntariamente como concentración, acuerdos de colaboración que no necesariamente tienen características de concentración, en virtud de que no se da ninguna característica de unión de sociedades, activos o control (considérese casos de alianzas de aerolíneas o convenios de manufactura automotriz). En nuestra opinión, mientras no tengamos en nuestra legislación un artículo similar al 101(3) del TFEU, debe dejarse la puerta abierta para que los agentes puedan notificar voluntariamente como concentración acuerdos que no necesariamente tengan características de concentración. COFECE debería de pronunciarse más abiertamente sobre este tema, sobre todo, mientras la LFCE no se reforme para prever y regular en forma más clara y con mayor certeza jurídica (como lo hace UE con 101(3) TFEU).
59	Convendría mencionar también que como parte del análisis se considerará el nivel de la cadena productiva donde se realiza el acuerdo de colaboración, ya que en la práctica internacional se han identificado menores riesgos cuando la colaboración se realiza en la parte ascendente del mercado que aguas abajo.
77	Los elementos de análisis previstos en el párrafo 77 resultan insuficientes, ya que muchos acuerdos de colaboración pro competitivos y benéficos para el mercado no necesariamente son necesarios o indispensables. Además, a nivel internacional se consideran otros elementos tales como los efectos pro competitivos netos en el mercado y beneficios al consumidor.
84 e)	Nuevamente mencionamos que es muy complicado determinar si los acuerdos de investigación y desarrollo son necesarios o indispensables, ya que es extremadamente difícil anticipar sus resultados.
99 a)	Ya que la COFECE cita en la nota al pie de página número 12 los porcentajes considerados por las autoridades americanas y la Unión Europea como “zonas seguras”, sería conveniente que la COFECE proporcionara un criterio propio de porcentajes considerados de muy bajo riesgo.
Ejemplo en sección D, página 27	Agregar un espacio en “de canales”: <i>“Escenario con menor riesgo de efectos colusorios</i> <i>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 de canales 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. “</i>



Sin más por el momento, reconocemos ampliamente la labor de la COFECE con este Anteproyecto en un tema de tanta significancia para los agentes económicos y los practicantes, agradeciendo la oportunidad de compartir comentarios sobre el mismo.

Cuesta Campos y Asociados, S.C.