

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Av. Revolución 725,
Colonia Santa María Nonoalco
C.P. 03700, Ciudad de México, México.
consulta-publica1@cofece.mx

Asunto: *Se formulan comentarios al Anteproyecto de Modificaciones a la Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos.*

I. Antecedente general

1. Se hace referencia al Anteproyecto de Modificaciones a la Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos (el “Anteproyecto” o la “Guía”, indistintamente), publicado en el Diario Oficial de la Federación (“DOF”) el pasado 1 de junio de 2020 para un proceso de consulta pública que transcurrió del 1 de junio al 10 de julio, ambos de 2020 por parte de esa H. Comisión Federal de Competencia Económica (“Cofece” o “Comisión”, indistintamente”).
2. Con la finalidad de auxiliar a esa H. Comisión en la elaboración de un nuevo documento que atienda los intercambios de información en el marco previsto por la Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”), se formulan los siguientes comentarios y sugerencias catalogadas de manera temática a fin de generar un documento que genere certeza jurídica a los particulares.

II. Comentarios específicos al Anteproyecto**2.1 Clasificación de información “estratégica”**

3. Uno de los principales cambios que introduce el Anteproyecto en comparación con la guía emitida previamente por esa H. Comisión responde a eliminar, sin justificación alguna y dentro del marco de los intercambios de información con efectos negativos, la clasificación de “estratégica”. Es decir, el Anteproyecto ahora trata, en el marco de los intercambios de información con efectos negativos, que cualquier tipo de información, y no únicamente la estratégica, como posible riesgo.
4. Dicha eliminación pareciera traducirse en que, a juicio de esa H. Comisión, el intercambio de cualquier tipo de información, independientemente de su idoneidad, valor, importancia o competitividad, representa un riesgo de cometer una posible práctica monopólica absoluta. Dicha eliminación se da sin dar explicación o justificación alguna, lo que introduce un alto grado de incertidumbre pues lejos de guiar a los particulares respecto a qué tipo de información representa un mayor riesgo, pareciera dar entender que ahora cualquier intercambio de cualquier tipo de información sería riesgoso.

5. Consecuentemente, a efecto de que la Guía cumpla con la finalidad de orientar a los agentes económicos y tener mayor certeza a qué tipo de información puede ser intercambiada o cuál representaría un mayor riesgo, se sugiere la reincorporación de dicho término. En su defecto, se deberá incluir un listado de qué información particular representa un mayor riesgo dentro del marco de los intercambios de información con efectos negativos.

2.2 Mercados relacionados

6. El Anteproyecto señala que esa H. Comisión considerará, para efectos de los intercambios de información, tanto los mercados directamente afectados como también los mercados relacionados. Sin embargo, la Guía es omisa en aportar elementos que permitan identificar hasta qué grado se llevaría a cabo dicho análisis y cómo los agentes económicos pueden realizar un análisis propio que también considere la manera en que se deben identificar y determinar dichos mercados. En dicho sentido, se sugiere que la Guía incluya parámetros o lineamientos básicos para identificar mercados relacionados y hasta qué grado podría llegar a revisar esa H. Comisión en el ejercicio de sus funciones.

2.3 Escenarios adicionales: Consorcios

7. La finalidad de la Guía es que sirva como un documento base que oriente a los particulares en cómo comportarse en determinados escenarios o bien, cómo realizar un análisis propio para identificar áreas de riesgo. No obstante, consideramos que la Guía es omisa en analizar escenarios relevantes tales como los consorcios.
8. Generalmente, para el debido funcionamiento de un consorcio y de los agentes económicos que participan en el mismo, se deben llevar cabo del manejo, intercambio y revisión de información. Información que muchas veces encuadraría dentro del escenario de información estratégica o más riesgosa en términos de la LFCE.
9. En dicho sentido, se sugiere que la Guía incluya un apartado específico a cómo deben operar los consorcios, la manera en que deben establecerles reglas de funcionamiento respecto a los intercambios de información, qué tipo de información representaría menos riesgo y cuál sería más riesgosa y recomendaciones generales que los agentes económicos deben seguir para tal efecto.

III. Comentarios generales al Anteproyecto

3.1 Acotamiento del objeto de la Guía

10. Con la finalidad de generar certeza y previsibilidad en los agentes económicos, el objeto y alcance de la Guía sólo debe limitarse al intercambio de información sancionado como práctica monopólica absoluta en términos de la fracción V del artículo 53 de la LFCE. No debe hacerse extensivo a prácticas monopólicas relativas, ni a barreras a la competencia y libre concurrencia.

11. La sanción *per se* de las prácticas monopólicas absolutas resulta incompatible con el análisis conforme a la regla de la razón de las prácticas monopólicas relativas y de las barreras a la competencia y libre concurrencia. Algunos ejemplos incluyen las justificaciones de eficiencia de los intercambios de información y los elementos de tipicidad de la conducta (competidores potenciales), entre otros.
12. La Guía esencialmente se refiere a prácticas monopólicas absolutas, por lo que las referencias a prácticas monopólicas relativas y a barreras a la competencia y libre concurrencia son aisladas y poco claras, por lo que sugerimos que sean eliminadas para que no generen confusión entre los agentes económicos.
13. La Guía confunde y les da el mismo trato a tres tipos de intercambios de información diferentes entre sí: (i) los que constituyen prácticas monopólicas absolutas en términos de los artículos 53 fracción V de la LFCE, (ii) los que facilitan la colusión pero no constituyen prácticas monopólicas absolutas, y (iii) aquellos que se establecen como un mecanismo de monitoreo o vigilancia de otra práctica monopólica absoluta.

3.2 Carácter “no-vinculante” de la Guía

14. Conforme al Extracto publicado por en el DOF, la Guía será expedida con fundamento en los artículos 12, fracción XXII y 138 de la LFCE. Sin embargo, no existe disposición alguna en la LFCE que determine que las directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos emitidos por Cofece en términos de los artículos 12, fracción XXII y 138 de la LFCE no serán vinculantes.
15. La LFCE señala expresa y restrictivamente cuáles serán las determinaciones de la Cofece que no tendrán efectos vinculantes, las que sólo se limitan a las opiniones dictadas en términos de los artículos 12, fracciones XII y XIII, XIV y XV, 94, fracción III, 96, fracción X y 104 último párrafo, de la LFCE.
16. La interpretación *pro persona* de la LFCE, así como el principio general de derecho “*venire contra factum proprium non valet*” (nadie puede volverse contra sus propios actos) exigen que la Guía resulte vinculatoria a la Cofece. En apoyo a lo anterior, el artículo 138 de la LFCE exige su revisión periódica por lo menos cada 5 años.

3.3 Bi-direccionalidad del Intercambio de Información

17. La Guía se enfoca en identificar qué tipo de información podría generar efectos anticompetitivos en caso de ser intercambiada, pero es omisa en proporcionar orientación a los agentes económicos respecto de los parámetros que la Cofece tomará en consideración para tener por actualizada la bi-direccionalidad de la conducta “intercambio de información” tipificada en el artículo 53, fracción V de la LFCE, como por ejemplo, si la información recibida y entregada debe ser del mismo tipo, calidad y cantidad; el lapso de tiempo que debe transcurrir entre la entrega de información propia y la recepción de la información ajena, la forma en que se entrega y recibe la información, etc.

18. En nuestro concepto, no debe confundirse la conducta unidireccional de entregar información, con la conducta bidireccional de entregar información y recibir información a cambio. La conducta “intercambio de información” tipificada en el artículo 53, fracción V de la LFCE exige que cada uno de los sujetos involucrados sea simultáneamente sujeto activo y pasivo de la misma, pues necesariamente exige la entrega de información propia y el recibir a cambio información ajena. Esto con independencia de la forma en la que se realice dicho intercambio, es decir: (i) directamente entre los agentes económicos competidores entre sí, o (ii) indirectamente a través de un tercero intermediario. La conducta unilateral de entregar información, sin recibir información a cambio no actualiza el tipo administrativo establecido en el artículo 53, fracción V de la LFCE.
19. Por ello, debe eliminarse la afirmación del párrafo 153 de la Guía, en el sentido de que una comunicación unidireccional podría actualizar una práctica monopólica absoluta, y debe agregarse un apartado previo en el que se establezcan lineamientos que permitan identificar y determinar la bi-direccionalidad de la conducta colusoria.

3.4 Objeto o efecto del intercambio de información

20. La Guía es omisa en precisar lineamientos, en términos del artículo 53, fracción V de la LFCE, respecto de cuándo la Cofece considerará que un intercambio de información entre agentes económicos competidores entre sí tiene por objeto o efecto: (i) la fijación de precio, (ii) la restricción de abasto, (iii) la división de mercados o (iv) la coordinación de posturas en licitaciones.
21. La Guía se limita a señalar qué tipo de información “*genera mayores riesgos para la competencia económica*” en caso de ser intercambiada, lo cual no necesariamente se encuentra tipificado en el artículo 53, fracción V de la LFCE. No debe perderse de vista que dicho artículo no sanciona cualquier intercambio de información entre agentes económicos competidores entre sí, ni el tipo de información que se intercambian, sino sólo aquellos intercambios de información que tengan por objeto o efecto alguno de los establecidos en sus fracciones I a IV.
22. Tal omisión de la Guía genera incertidumbre en los agentes económicos respecto de qué intercambios de información serán efectivamente perseguidos y sancionados administrativamente por la Cofece en términos del artículo 53, fracción V y penalmente por el Ministerio Público de la Federación y Jueces competentes, en términos del artículo 254bis, fracción V del Código Penal Federal.

3.5 Presunción de Intencionalidad con base en la naturaleza de la información

23. Las presunciones determinadas en la Guía, respecto de la intencionalidad de los participantes de un intercambio de información para coordinar precios, restringir la oferta, segmentar mercados o acordar posturas en licitaciones, dependiendo de la naturaleza de la información que se intercambia, exceden la conducta sancionada en el artículo 53 fracción V de la LFCE y resultan contrarias al principio de presunción de inocencia.

24. La intencionalidad de los agentes económicos constituye un elemento subjetivo del tipo administrativo previsto en la fracción V del artículo 53 de la LFCE, aplicable a los intercambios de información con alguno de los OBJETOS establecidos en las fracciones I a IV del artículo 53 de la LFCE.
25. Conforme a la Guía, la Cofece considerará una práctica monopólica absoluta el intercambio de datos recientes y detallados sobre precios y descuentos, cuando se desglosen por productos y clientes específicos; los intercambios de reportes detallados y desglosados sobre ventas, producción y segmentos de mercado; así como compartir información que revele decisiones estratégicas a futuro. Lo anterior excede la conducta tipificada por el artículo 53 fracción V de la LFCE, pues se sancionaría el tipo de información que se intercambia, independientemente de si el intercambio haya tenido efectivamente por objeto alguno de los previstos en las fracciones I a IV del artículo 53 de la LFCE.
26. El principio de presunción de inocencia exige que la autoridad acredite la intencionalidad colusoria del intercambio, la cual no puede desprenderse sólo de la naturaleza de la información que se intercambia como pretende la Guía, sino que es necesario que la Autoridad Investigadora acredite dicho elemento con pruebas directas y excepcionalmente con pruebas indiciarias (acreditadas mediante pruebas directas, y que sean plurales, concomitantes e interrelacionadas) cuya inferencia lógica resulte razonable, natural y supere los contra-indicios o contrapruebas existentes. Por ello deberá eliminarse la presunción de intencionalidad colusoria del intercambio por la naturaleza de la información intercambiada establecida la Guía.

3.6 Medio Comisivo y Concurso Aparente de Prácticas Monopólicas Absolutas

27. La Guía es omisa en señalar los lineamientos que considerará la Cofece para determinar si el intercambio de información con alguno de los EFECTOS establecidos en las fracciones I a IV del artículo 53 de la LFCE será subsumido en la práctica monopólica absoluta “final” (fracciones I a IV del artículo 53 de la LFCE) conforme al principio de absorción por ser el medio comisivo de la misma. Igualmente omite analizar si, por el contrario, será considerado como una infracción autónoma en el que operarán el concurso real de las diversas infracciones administrativas por considerarse independientes entre sí o en su defecto un concurso ideal de las diversas infracciones administrativas por considerarse una unidad de propósito debido a su interdependencia.

3.7 Asociaciones y Cámaras Empresariales

28. La Guía establece que cualquier intercambio de información (pues no lo limitan a información sensible o estratégica) que se realice a través de cámaras o asociaciones es más riesgoso para la competencia.
29. Dichas afirmaciones: (i) criminalizan las actividades de dichas entidades, (ii) contravienen el principio de presunción de inocencia, (iii) resultan contrarias a las obligaciones de captar, integrar, procesar y suministrar información, que les imponen diversos instrumentos normativos, como la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones, la Ley de

Organizaciones Ganaderas, o las Reglas de Operación del Sistema de Información Empresarial Mexicano, y algunas instituciones gubernamentales como el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, el Banco de México o la Secretaría de Economía, y (iv) desincentivarán la participación de los agentes económicos en las referidas entidades ante la presunción de su ilegalidad ilegalmente establecida en la Guía.

30. La Guía debe otorgar un tratamiento distinto entre asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones y/o uniones de interés público constituidas conforme a legislaciones específicas que se encuentran obligadas a procesar y generar información debido a obligaciones normativas y contractuales con dependencias del Estado, de aquellas que son de interés privado.

3.8 Competidores potenciales

31. La Guía no debe incluir a los competidores potenciales en la definición del término “Competidores” del Glosario, debido a que excede la tipificación contenida en el artículo 53 de la LFCE. La Guía define “Competidores” como “*Los agentes económicos independientes que participen o puedan participar en los mismos mercados de bienes, productos o servicios.*” Sin embargo, el artículo 53 de la LFCE, sólo sanciona los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos que son competidores actuales, razón por la cual utiliza el término “*competidores entre sí*”.
32. Por lo anterior, el intercambio de información que se realice entre agentes económicos que son competidores potenciales no es ilegal, y, tampoco puede ser sancionado *per se* en términos del artículo 53 fracción V de la LFCE. Asimismo, no debiera ser materia de la Guía. En el supuesto de que se decida conservar la inclusión de los competidores potenciales en la Guía, deberán proporcionarse lineamientos que permitan determinar con previsibilidad en qué supuestos un agente económico puede ser considerado competidor potencial de otro.

3.9 Información reciente o histórica

33. La Guía no proporciona a los agentes económicos elementos suficientes que les permitan determinar con previsibilidad en su industria cuándo la información será considerada reciente y a partir de qué momento será considerada histórica. Lo anterior a pesar de que existen múltiples referencias sustantivas a dicha clasificación para determinar escenarios de mayor riesgos a la competencia.
34. La sub-clasificación de la información pasada en reciente e histórica se convierte en una clasificación cuestionable que ante la inexistencia de lineamientos previos puede dar lugar a actos excesivos de la Cofece. Si un intercambio no versa respecto de información presente o futura, no se actualiza la fracción V del artículo 53 de la LFCE, pues: (i) no existen riesgos de que dicho intercambio pueda tener por objeto o efecto la colusión futura, y (ii) dicho precepto no sanciona los intercambios de información para monitorear acuerdos colusorios previos.
35. Si bien la Guía señala que la consideración de antigüedad de la información dependerá de las características del mercado, no se proporciona lineamiento alguno que permita a los agentes

económicos anticipar el momento en que la información se puede considerar reciente o histórica, a pesar de que ambas se tratan de información pasada, es decir, no es presente, ni futura. En todo caso, la Guía debería establecer una serie de ejemplos por industrias en los que se califique la antigüedad de la información en histórica y reciente.

3.10 Antitrust “safety zones”

36. Para generar certeza y previsibilidad en los agentes económicos, la Guía debería establecer criterios seguros de intercambios de información, similares a los “safety zones” establecidos en otras jurisdicciones, que permitan a los agentes económicos contar con la presunción de que su conducta es legal en caso de ser satisfechos. Los “safety zones” podrían establecerse por industria o por tipos de bienes (Ej: *commodities*) y señalar, entre otros: (i) número mínimo de participantes en el intercambio, (ii) antigüedad de la información, (iii) mecanismo de intercambio de información, y (iv) nivel de agregación de los resultados. En su defecto, podrían incluirse los lineamientos de una regla *de minimis*, en la que se determinen los intercambios de información que no se considerarán una restricción sensible de la competencia y que por ende no serán perseguidos por la Cofece.

3.11 Concentraciones

37. La Guía debe de especificar que las medidas propuestas a lo largo de la misma únicamente resultan aplicables a concentraciones horizontales y no verticales debido a los efectos que dichos intercambios pueden generar. Se debe aclarar que aquellos funcionarios cuyas funciones incidan sobre decisiones estratégicas de operación y/o ventas, podrán tener acceso a la información estratégica cuando resulte necesario su análisis para la evaluación y toma de decisión del cierre de la transacción. Asimismo, la Guía debe de aclarar que la contratación o utilización de terceros independientes para la recolección, manejo, utilización y valoración de información estratégica es una mera recomendación y no un estándar mínimo exigible para la realización de concentraciones.

3.12 Fuentes

38. La Guía debe incluir a las fuentes de información que fueron utilizadas por la Comisión para la elaboración de la misma con la finalidad de permitir al lector hacer referencia a los documentos y precedentes relacionados con la misma.

*

*

*