
COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE MODIFICACIÓN DE LA GUÍA PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE AGENTES ECONÓMICOS SUJETO A CONSULTA PÚBLICA (EL “ANTEPROYECTO”)

Julio 2020

INTRODUCCIÓN

SAI Derecho & Economía, S.C (“SAI”) celebra que la Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE” o la “Comisión”) haya preparado modificaciones a la Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos (la “Guía”). Su continua actualización brinda una mayor certeza jurídica a los agentes económicos y público en general respecto a qué intercambios de información generar riesgos en materia de competencia y pueden constituir prácticas monopólicas absolutas y/o prácticas monopólicas relativas, así como las sanciones correspondientes, entre otros aspectos. Esta Guía tiende a fomentar una cultura de competencia a través de su contenido claro y de sencillo entendimiento.

Al respecto, SAI aplaude la adición de ejemplos de casos, misma que permite al lector tener mayor claridad y acercamiento con la forma de trabajar de esa Comisión. En general, SAI considera que las modificaciones que se plantean en el Anteproyecto son adecuadas y útiles para facilitar su entendimiento y brindar mayor detalle respecto al intercambio de información entre agentes económicos y los escenarios que pueden representar riesgos en materia de competencia de económica.

Sin perjuicio de lo anterior, hay algunos aspectos que SAI considera podrían ser abordados de una manera distinta y otros que podrían ser adicionados. Al respecto y, con el objetivo de colaborar con la Comisión, SAI emite los siguientes comentarios al Anteproyecto.

I. COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE LA GUÍA

a) EJEMPLOS

Como fue señalado en la introducción del presente documento, SAI estima pertinente que la Guía contemple ejemplos que puedan resultar ilustrativos

para los agentes económicos y les den mayor certeza jurídica respecto a qué escenarios particulares pueden representar riesgos en materia de competencia derivado de intercambios de información entre agentes económicos.

No obstante, a fin de que los ejemplos expuestos en la Guía cumplan con el objetivo de dar mayor claridad a los agentes económicos sobre escenarios riesgosos en materia de intercambios de información, así como en cualquier otro caso de PMRs o PMAs, SAI estima conveniente que, después de exponer cada uno de los ejemplos, se realice un análisis del porqué esa Comisión considera que el escenario planteado presenta riesgos y no que se limite a exponer los ejemplos en cuestión. En ese sentido, un análisis de los elementos riesgosos que se advierten del escenario expuesto daría mayor certidumbre a los agentes, pudiendo comprender mejor qué situaciones o conductas deben evitarse.

Adicionalmente, SAI considera que el Anteproyecto prevé un par de ejemplos que, en lugar de otorgar una mayor certeza a los agentes económicos, pueden generar el efecto contrario e incluso disuadir potenciales intercambios de información entre estos que deriven en efectos procompetitivos. A continuación, se exponen los ejemplos que SAI considera que requieren ser reemplazados, revisados u omitidos.

i. EJEMPLO DE PRECIOS PROMEDIO EN SECTOR AGROPECUARIO

En la sección **B.2. Intercambio de información con efectos negativos** del Anteproyecto, se señala que los intercambios de información entre agentes económicos pueden presentar riesgos, tanto en materia de Prácticas Monopólicas Absolutas ("**PMAs**"), como de Prácticas Monopólicas Relativas ("**PMRs**"). Por lo que respecta a los riesgos en materia de PMRs respecto a intercambios de información, se explica que este puede ser considerado dentro del análisis de una PMR cuando tengo por objeto o efecto el desplazamiento de agentes económicos en el mercado o ponga en desventaja competitiva a aquellos agentes que no pueden acceder a la información en cuestión. Como muestra de lo anterior, el Anteproyecto propone adicionar el siguiente ejemplo:

“En el sector agropecuario, una asociación solicita a sus agremiados que le entreguen los precios diarios a los que comercializarán sus productos. Esto, con el objeto de calcular el

promedio diario de los productos con características similares para publicarlos en la página web de dicha asociación, y así, apoyar a todos sus miembros para que, al consultarlos, tengan una referencia realista que les permita decidir el precio de sus respectivos productos.”¹

Al respecto, de leer este ejemplo surgen los siguientes cuestionamientos ¿esta conducta sólo actualiza riesgos en materia de PMRs y no de PMAs? ¿la asociación detentaría poder sustancial a pesar de no participar en el mercado? ¿el acceso a esta información genera una venta insuperable en el mercado? Por tanto, para efectos de que el ejemplo de COFECE pueda dar claridad a los agentes económicos es necesario que cuestionamientos como los anteriores puedan ser respondidos del propio ejemplo.

ii. EJEMPLO DE RESTRICCIÓN A INFORMACIÓN POR PARTE DE AGENCIA INTERNACIONAL DE PERIODISMO

En el mismo contexto que en el ejemplo anterior —intercambios de información con riesgos en materia de PMRs— el Anteproyecto expone el siguiente:

“En la industria del periodismo, las agencias internacionales que cuentan con corresponsales en todo el mundo producen mucha información y notas periodísticas. Si ellos restringen el acceso de la información a terceros con el objeto de tener ventajas sobre ellos, están poniendo al consumidor en una posición débil que impide la entrada de nuevos participantes.”²

Al respecto, de leer este ejemplo surgen al menos los siguientes cuestionamientos ¿el agente que realiza la práctica cuenta con poder sustancial? ¿no es una práctica legítima invertir en mantener una red de servicios permanente, para obtener una venta competitiva? ¿la negativa de proveer cualquier tipo de información podría generar un efecto de desplazamiento en el mercado? O ¿específicamente tendría que ser algún tipo de información? ¿no existen medios alternos para acceder a la información? Por tanto, el ejemplo como está planteado podría incluso

¹ Anteproyecto, p. 10.

² *Íbidem*.

generar mayores dudas o frenar proyectos en inversiones legítimas como sería establecer una red propia de corresponsales con amplia cobertura.

b) MERCADOS AFECTADOS POR INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN

Al exponer los elementos a considerar en el intercambio de información, en el Anteproyecto se propone adicionar a la Guía el siguiente párrafo:

“Es importante señalar, que la Comisión podrá analizar, no sólo el mercado implicado directamente en el intercambio de información, sino también aquellos mercados que pudieran ser afectados por el intercambio. En este sentido, se considerarán como mercados afectados aquellos en los que los Competidores acuerden colaborar, pero también podrían incluir mercados adicionales en los que los participantes en el acuerdo sean Competidores actuales o potenciales.”³ [Énfasis añadido]

Al respecto, SAI considera que para efectos de dar una guía completa a los agentes económicos sería ideal que la Guía también especificara las circunstancias en que se considera que un agente es un competidor potencial.

c) Clubes de compras, poder de mercado e intercambios de información.

Al analizar los convenios de colaboración y convenios de coinversión (*Joint-Ventures*) entre Competidores como una de las situaciones que pueden favorecer el contacto entre Competidores, en el Anteproyecto se propone adicionar a la Guía los siguientes párrafos:

“Los acuerdos de colaboración para crear poder de negociación o generar economías de escala, denominados, acuerdos de compra conjunta, tienen la finalidad de mejorar los términos y condiciones de la adquisición. 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

³ Anteproyecto, p. 12.

grupo de minoristas para la compra conjunta de productos que, coloquialmente son conocidos como “clubes de compras”.

*Sin perjuicio de que la finalidad sea mejorar las condiciones de compra, **dichos acuerdos pueden aumentar o crear el poder de negociación de los participantes desmesuradamente**, limitando la competencia. En este sentido, **se deberá considerar la necesidad o el carácter indispensable del intercambio de información para su realización**, toda vez que podrían estar afectando mercados relacionados al mercado en el que realizaron el acuerdo de colaboración.”⁴ [Énfasis añadido]*

Al respecto, SAI estima que el lenguaje anterior podría resultar confuso para los agentes económicos, puesto que podría sugerir que no son deseables los clubes de compra; esto, a pesar de éstos normalmente tienen efectos pro competitivos. En este sentido, si bien los clubes de compra también pueden generar preocupaciones en materia de competencia, resulta importante ahondar en los escenarios en que no se observan riesgos y aquellos en que sí los hay; pues, si persiste el lenguaje antes descrito podrían satanizarse, de manera indeseable, los clubes de compra.

De hecho, debe indicarse que el segundo párrafo antes transcrito mezcla dos ideas que podrían confundir al lector; ya que en el mismo párrafo el Anteproyecto menciona que un club de compra podría generar poder de negociación desmesurado y, por el otro, menciona que debe determinarse cuándo es estrictamente necesario un intercambio de información. En efecto, SAI considera que son ideas distintas y que tienen un objetivo diferente. Como tal, el señalamiento de que clubes de compra pueden generar poder desmesurado de compra anuncia un riesgo al respecto; sin embargo, independientemente de si un club de compra puede generar poder de compra, siempre debe identificarse cuál es el intercambio de información indispensable, por lo que, esta recomendación debe ser aplicable de manera general, ante cualquier tipo de club de compra.

II. ASPECTO PENDIENTE

Finalmente, SAI encuentra indispensable notar que la Comisión no ha emitido una Guía de Colaboración entre Competidores. En efecto, si bien la Guía de

⁴ Anteproyecto, p. 32.

Intercambio de Información entre Agentes Económicos analiza distintos elementos que se relacionan con las colaboraciones entre competidores, aún hay aspectos pendientes. Dar claridad sobre “zonas seguras” de colaboración entre agentes económicos permitirá incentivar operaciones/colaboraciones procompetitivas que hoy posiblemente no se realizan ante la incertidumbre de la aplicación de la LFCE a estas figuras.

En efecto, nuestro marco jurídico sólo regula las colaboraciones indebidas entre competidores (prácticas monopólicas absolutas) y las concentraciones; ya que hay operaciones que no actualizan ninguna de esas figuras y que son deseables para el desarrollo económico de nuestro país es deseable que exista claridad sobre cómo la Comisión evaluaría este tipo de figuras.