



Ciudad de México a 4 de diciembre de 2020.

**APORTACIONES DE LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE ABOGADOS DE EMPRESA, COLEGIO DE ABOGADOS A.C., LA BARRA MEXICANA COLEGIO DE ABOGADOS, A.C., ASÍ COMO ALGUNOS PRACTICANTES, CON EL OBJETIVO DE MEJORAR EL PROCEDIMIENTO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN MÉXICO.**

El 22 de octubre de 2020, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE o Comisión) publicó el inicio de la consulta pública respecto del Anteproyecto de Modificación a la Guía para la Notificación de Concentraciones (Anteproyecto).

Al respecto, la Barra Mexicana de Abogados (BMA) y la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, A.C., (ANADE), así como algunos practicantes que han participado activamente en las discusiones, reconocen el valioso esfuerzo que representa este ejercicio de consulta pública. En este contexto, el presente documento tiene como propósito hacer un análisis constructivo para buscar áreas de oportunidad y mejora en el procedimiento de notificación de concentraciones ante la Comisión, que resulte en procedimientos de notificación de concentraciones más eficientes, rápidos y menos onerosos tanto para los agentes económicos involucrados, como para la Comisión.

Con base en datos públicos, la mayoría de las concentraciones notificadas a las autoridades reguladoras en México y el mundo no representan riesgos a la competencia, por lo que el imponer una carga procesal importante en este tipo de transacciones tiene el potencial de tener un impacto negativo sobre el crecimiento económico y en la posibilidad de los consumidores de aprovechar los beneficios derivados de las mismas.

El legislador diseñó el proceso de notificación de concentraciones mediante un sistema que puede llegar a resultar oneroso y extenso para las empresas notificantes. En este sentido, y de acuerdo con las mejores prácticas internacionales, este procedimiento debería ser aplicado de manera proporcional a la complejidad de los asuntos, en cuanto a tiempo y recursos destinados.

En este sentido, y con el ánimo de que COFECE y el sector privado trabajen de la mano para una mejor aplicación del marco legal de competencia económica, el presente documento plantea algunas reflexiones en torno al Anteproyecto.



### *Acuerdos de colaboración*

- Se considera de gran importancia que esa H. Comisión brinde mayor detalle y especificidad en cómo deben ser interpretados los criterios de duración, independencia y alcance para efectos de determinar con mayor certeza si un acuerdo de colaboración (incluso aquéllos que no son entre competidores) podría configurar o no una concentración.
- Dada la falta de certeza respecto a cuándo un acuerdo de colaboración configura una concentración y cómo se calculan los umbrales, así como lo poco práctico que resulta hacer la notificación previa de ciertos tipos de operaciones, pudiera ser útil explorar la posibilidad de solicitar que la Comisión evalúe acuerdos de colaboración que ya estén operando.
- Se recomienda reconocer que los acuerdos de colaboración no necesariamente se materializan en la creación de nuevas sociedades. Asimismo, que los tipos de acuerdos de colaboración que la Comisión ha identificado en el Anteproyecto son enunciados de manera ejemplificativa (no limitativa) y que éstos no necesariamente configuran una concentración; de igual forma, es recomendable que la Comisión reconozca que puede haber otros acuerdos que también podrían configurar una concentración.
- Se sugiere ser más precisos respecto de que aquellos acuerdos de colaboración que hayan sido notificados, y hayan obtenido la autorización correspondiente no podrán constituir prácticas anticompetitivas que puedan ser objeto de una investigación, siempre y cuando no se haya presentado información falsa y se estén implementando conforme el alcance y naturaleza del acuerdo autorizado.

### *Cálculo de umbrales monetarios*

- Se sugiere dar mayor claridad a los agentes económicos respecto a cómo calcular los umbrales de notificación de operaciones en que el importe acordado esté determinado por criterios o fórmulas que fluctúen o se ajusten en el tiempo de vida de la operación. Lo anterior es particularmente relevante tratándose de operaciones de tracto sucesivo que no conllevan un pago único al momento de su ejecución.
- Se sugiere aclarar cuál sería el monto equivalente del tipo de cambio a tomarse en cuenta cuando los agentes económicos deciden no notificar la concentración por considerar que los umbrales no fueron rebasados.
- Respecto a cómo interpretar “ventas originadas en México”, se considera que no es adecuado que éstas correspondan a las ventas “que hayan sido entregadas a clientes localizados en territorio nacional”, pues los fabricantes muchas veces no tienen control o

visibilidad de dónde terminan sus productos cuando estos se venden a través de distribuidores independientes. Por esta razón se sugiere que éstas correspondan a ventas "facturadas" en territorio nacional.

- Respecto de la fracción I del artículo 86 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), específicamente en relación con el "importe de la operación", se sugiere precisar que los impuestos que se pagan como parte de la contraprestación no se deben computar para efectos del cálculo de umbrales, sino únicamente el precio real acordado por las partes, excluyendo cualquier cantidad por concepto de impuesto.
- Respecto a la fracción II del artículo 86 de la LFCE, se sugiere precisar, en el caso de enajenación de activos, si el 35% de los activos a considerarse deben ser del vendedor directo (por ejemplo, un fideicomiso de proyecto) o si se deben considerar todos los activos del grupo de interés económico del vendedor.
- En relación con las fracciones II y III del artículo 86 de la LFCE, se sugiere precisar, en aquellos casos donde existen dos o más adquirentes que forman parte de grupos de interés económico distintos, bajo qué supuestos se interpretará una acumulación conjunta, ya sea de acciones o activos para el caso de la fracción II, o de activos y capital social para el caso de la fracción III.

#### *Obligación de notificar*

- Se considera que es necesario dar más lineamientos respecto a cuándo se configura una sucesión de actos y, en su caso, en qué momento se detona la obligación de notificar. Particularmente, no es claro si existe un horizonte temporal en el que deba ocurrir la sucesión de actos para que se considere que forman parte de una misma operación. A mayor abundamiento, se recomienda proveer una explicación de cómo se evalúa la sucesión de actos jurídicos que lleva a cabo un adquirente en la que no hay una identidad de vendedores.
- Respecto a las operaciones que se notifiquen de forma voluntaria, se considera importante poner expresamente que éstas podrán notificarse aún después de que la operación se haya cerrado o ejecutado. Asimismo, estas operaciones podrán cerrarse con posterioridad a la notificación, pero de forma previa a que la Comisión emita su resolución. En efecto, al no ser obligatoria la notificación, no les resultaría aplicable lo dispuesto por el artículo 87 de la Ley Federal de Competencia Económica.
- Respecto de la obligación de notificar una coinversión o un *Joint Venture*, se sugiere precisar que la simple creación de la sociedad no requiere ser notificada, no obstante que las aportaciones proyectadas actualicen alguna de las fracciones contenidas en el artículo 86



de la LFCE. Lo anterior, dado que la obligación de notificar nace de forma previa a actualizar alguno de umbrales, pero no respecto de los actos preparatorios o anteriores a éste.

### *Transparencia*

- Se recomienda a esa H. COFECE establecer parámetros claros para que el reporte estadístico de sus procesos internos no resulte en incentivos para retrasar la aceptación a trámite. Como ejemplo, medir la duración de trámites en “*Tiempos promedio desde recepción hasta fecha de resolución*” podría generar un incentivo a emitir requerimientos de información básica.
- Se debe aumentar la visibilidad de los acuerdos de asuntos en publicaciones electrónicas. Desde la llegada del sistema, la lista de acuerdos públicos no ha contado con las notificaciones que se realizan al respecto de dichos procedimientos lo cual reduce la visibilidad de terceros interesados.

### *Cuestiones procesales*

- Se sugiere evitar, a toda costa, la consecuencia jurídica del *desechamiento* para las partes. Se debe considerar que en muchas jurisdicciones no existe el riesgo de *desechamiento* y que está en el mejor interés de las partes proporcionar la información requerida en el menor tiempo posible.
- El sistema de trámites en línea ha sido una gran herramienta que permitió seguir con los procedimientos incluso en un ambiente tan adverso como el de la pandemia. Con el objetivo de hacer más eficientes las presentaciones en el sistema, se sugiere permitir presentar carpetas comprimidas (ZIP) junto con un listado de los anexos y así reducir el tiempo destinado a la carga de cada uno de los documentos, particularmente en notificaciones en las que hay un gran número de documentos a presentar (*i.e.*, más de 100 documentos).
- Si la concentración se tiene por no presentada, debería permitirse que el pago se utilice por los mismos agentes económicos en un nuevo procedimiento de notificación.
- En opinión de los practicantes, los requerimientos de información adicional deben guardar proporcionalidad con la complejidad de la operación planteada y con estricto apego a una teoría del daño clara, cuestiones que debieran ser comunicadas a las partes a efecto de enfocar los esfuerzos de análisis y recopilación de información y datos de forma más eficiente; asimismo, es deseable que la identificación de una potencial teoría del daño se haga desde una etapa temprana en el procedimiento y previo a la notificación del

requerimiento de información adicional (en los casos en que COFECE vea necesario emitir uno).

- Se sugiere que cualquier requerimiento de información a terceros se realice al mismo tiempo o poco después de que se emita el requerimiento de información adicional, de esta forma se evita que los mismos tengan un impacto adverso en el tiempo de análisis y resolución del caso.
- Se sugiere evitar solicitar información detallada de accionistas indirectos minoritarios que son terceros al proceso y sus actividades en aquellos casos en los que ésta no sea estrictamente necesaria, pues dicha información genera un costo desproporcionado para los notificantes en comparación con el poco valor agregado que podría aportar para el análisis de competencia, dinámicas competitivas y cambios en las estructuras de mercado.
- Cuando sea el caso, se recomienda que la Comisión reconozca el hecho de que los agentes notificantes no tienen acceso a información de terceros, aún y cuando son sus accionistas, y por ende tienen una imposibilidad jurídica y de hecho para presentarla. Este punto resulta importante ya que en muchos casos se han invertido grandes cantidades de recursos en explicar e intentar probar a la autoridad que un determinado accionista, o inversionista minoritario, no cuenta con derechos, control o influencia decisiva sobre un agente económico determinado -precisamente porque es información que no está a su alcance o porque no es posible probar hechos negativos.
- En relación con la descripción de bienes y servicios, la práctica internacional recomienda y reconoce que son los agentes económicos involucrados quienes tienen el mejor conocimiento de cómo funciona el mercado y, conforme a sus actividades comerciales habituales, cuáles son los principales productos y servicios que deben ser descritos. En este sentido se sugiere que la Comisión tome una postura más deferente hacia los agentes económicos, siempre y cuando se proporcionen elementos que dejen clara la dinámica del mercado y la descripción de los productos y servicios principales.
- En casos en los que no sea estrictamente necesario (como aquéllos en los que las partes cuentan con participaciones de mercado marginales (*de minimis*), se sugiere evitar requerimientos de información en los que se soliciten listados de productos altamente desagregados o por SKU, descripciones detalladas de productos o de su uso en el mercado, o el análisis de productos accesorios de poca relevancia en la actividad comercial de los agentes económicos. Igualmente, cuando el traslape no sea horizontal (*i.e.*, vertical o conglomerados) y sea poco plausible que genere mayores problemas a la competencia, se sugiere mantener el nivel de análisis en el mínimo razonable para descartar cualquier preocupación de competencia.
- En el caso de fondos de capital privado se debe considerar que solicitar la identificación de inversionistas minoritarios del fondo (o, a su vez, sus accionistas minoritarios subsecuentes)

o hacer análisis exhaustivos de otras inversiones minoritarias que puedan tener (o que productos venden) son elementos que no necesariamente abonan al análisis desde el ámbito de competencia económica, generando costos adicionales y en muchos casos retrasos en la autorización de dichos procedimientos.

#### *Rondas de levantamiento de capital y start-ups*

- En el caso de las rondas de levantamiento de capital, particularmente por parte de *start-ups*, es importante entender que las mismas se realizan por varios inversionistas que en la inmensa mayoría de las ocasiones no tienen ninguna relación entre sí. Por tanto, no sería necesario un análisis conjunto de su adquisición ni para calcular individualmente los umbrales monetarios del artículo 86, ni para descartar teoría del daño alguna durante el procedimiento.
- Se debe considerar el tamaño y la capacidad operativa de las *start-ups* que están naciendo en la economía digital mexicana. Para ellas, la información solicitada por COFECE puede resultar particularmente desproporcionada y los tiempos del proceso pueden tener severas consecuencias en su modelo de negocios. Por último, es importante insistir en que la salida de ciertos inversionistas (*i.e.*, la capacidad de un fondo de capital para vender su inversión en estas empresas después de un tiempo determinado de financiamiento) es un elemento fundamental para el funcionamiento del ecosistema.

#### *Análisis de competencia*

- Sugerimos que la teoría del daño en operaciones en que exista algún traslape, sea socializada desde etapas tempranas del procedimiento con la Secretaría Técnica y el Pleno de Comisionados, para generar una mayor certeza jurídica y tratar de evitar cambios sustanciales en la misma. Además, esto permitiría a las partes poder solventar de mejor forma las posibles preocupaciones que se tengan sobre la operación notificada.
- Se sugiere que las teorías del daño basadas en intercambios de información entre competidores que, como resultado de la operación, se convertirán en accionistas de una misma empresa, se limite en la medida de lo posible y solo requerir información adicional en los casos que -como estricto resultado de la concentración- dichos socios puedan llegar a tener (i) más incentivos o (ii) una mayor capacidad de coordinarse con base en las características del mercado en particular. Por lo tanto, en los casos en los que simplemente cuentan con una posición minoritaria en la nueva empresa y en nada modifica su capacidad



o incentivos para coordinarse en alguna conducta potencialmente nociva, sugerimos evitar requerir información adicional en este sentido.

#### *Procedimientos expeditos*

- Las concentraciones que no presenten traslapes ni riesgos a la competencia deben ser procesadas de manera expedita. Se sugiere evitar los requerimientos muy detallados de información cuando resulte evidente que no se derivará ninguna teoría del daño plausible de esa información. Es importante encontrar un balance entre la información que hipotéticamente se puede conseguir (con costos muy altos e inversión innecesaria de tiempo) y la que se precisa para descartar preocupaciones de competencia.
- El procedimiento de notificación abreviado al que refiere el artículo 92 de la LFCE no es aplicable en la práctica dado que impone una carga demasiado elevada para los notificantes para acreditar que es notorio que no tendrá un objeto o efecto contrario a la competencia. Asimismo, la consecuencia de notificar por dicha vía y que la Comisión no coincida con la evaluación de notoriedad es demasiado onerosa, pues implica la necesidad de iniciar de nueva cuenta la notificación por la vía tradicional. Incluso, es común que los mismos funcionarios de la Comisión recomienden a los practicantes no utilizar el procedimiento abreviado. Se exhorta a esa Comisión para dar mayor certidumbre al respecto a efecto de que se convierta en un procedimiento práctico y conveniente de usar. Hacerlo se apegaría a las mejores prácticas internacionales, pues otras jurisdicciones cuentan con procedimientos abreviados que sí son aplicables. Asimismo, se beneficiaría tanto a la Comisión (al reducir su carga de trabajo) como a los agentes económicos, que no verían el requisito de notificación como una barrera para una multiplicidad de operaciones que es claro no conllevan riesgos de competencia.

#### *Acreditación de cierre de la operación*

- El aviso de cierre de la operación podría ser un procedimiento más flexible respecto a las maneras en las que éste puede ser acreditado y cómo analizar los cambios no sustanciales que pueden ocurrir en la operación, desde que se obtuvo la autorización de la Comisión y hasta que efectivamente se cerró. En efecto, los practicantes hemos observado que las consecuencias jurídicas de haber llevado a cabo cambios no sustanciales en la operación pudieran resultar desproporcionales a causa de insuficiente entendimiento de la dinámica comercial de los agentes económicos involucrados en la misma y la ausencia de criterios



claros respecto a qué modificaciones serían sustanciales en qué casos. Así, se recomienda establecer un procedimiento de revisión expedito de cambios menores ante el Pleno de Comisionados, para no tener que repetir todo el análisis de concentraciones en caso de cambios menores a los términos de cierre.

Por la presente, ANADE y la BMA reiteran su disponibilidad para participar en una discusión abierta con la Comisión que permita fortalecer nuestro sistema jurídico en beneficio de todos.

Atentamente,

---

**Sebastián Corcuera Habsburg Lothringen**

Coordinador del Comité de Competencia Económica de la ANADE

---

**Fernando Carreño Nuñez de Álvarez**

Coordinador de la Comisión de Competencia Económica de la BMA

---

**Gerardo Calderón Villegas**

Vicecoordinador del Comité de Competencia Económica de la ANADE

---

**Mauricio Serralde Rodríguez**

Vicecoordinador de la Comisión de Competencia Económica de la BMA

---

**Mariana Carrión Valencia**

Vicecoordinadora del Comité de Competencia Económica de la ANADE