

Guía para la Notificación de Concentraciones

Lucía Ojeda Cárdenas

Introducción

Primero que nada, quiero felicitar a la Comisión Federal de Competencia (CFC o Comisión) por el ya tradicional y esperado Día de la Competencia en el que se difunden temas de trascendencia para la política de competencia en México. Igualmente, agradezco a la Comisión la oportunidad que me brinda de comentar el proyecto de Guía de la Notificación de Concentraciones que Javier Núñez, Director General de Concentraciones, nos acaba de presentar y que, coincido, se enmarca en los esfuerzos de la CFC por adherirse a las mejores prácticas internacionales.

El objetivo de esta intervención es comentar brevemente cuáles son los avances y cuál es el contenido de la Guía de Notificación de Concentraciones (la Guía). De esta forma es importante mencionar, como ya lo recalco Javier Núñez, que todas las autoridades de competencia serias cuentan guías de concentraciones, que son muy importantes para los agentes económicos, para dar previsibilidad a los procedimientos y transparencia. Definitivamente la Guía es necesaria y los practicantes agradecemos mucho que ya esté disponible y actualizada.

Dado a que este día está dedicado a la transparencia, es importante destacar que, la Guía deviene de un procedimiento transparente. Felicito a la Comisión por hacer este tipo de consultas que sin duda son muy útiles. Ya el Dr. Eduardo Pérez Motta habló de la consulta pública que se hizo en materia de transparencia, en materia de la guía de inmunidad y ahora, en materia de notificación de concentraciones. En este caso, se realizó una consulta pública en la que: (i) un proyecto se puso a disposición del público a través de la página de internet de la CFC; (ii) la CFC otorgó un plazo razonable para que cualquier interesado pudiera enviar sus comentarios en el que, como lo comentó Javier Nuñez se recibieron varios comentarios de la comunidad de abogados; (iii) la Dirección General de Concentraciones se abocó a considerar los comentarios y sugerencias para incluirlos en la Guía y; (iv) posteriormente fue discutida internamente.

Someter a consulta pública los proyectos de guía es también una de las mejores prácticas internacionales ya que también alimenta el diálogo entre la autoridad y los regulados, lo que siempre es enriquecedor para ambas partes. En efecto, el fin último de este tipo de guías es que le sea útil a los regulados y en la medida en que conteste sus inquietudes y dudas sobre los procesos, cumplirá con su razón de existir.

Cabe reconocer que, es de preverse que muchos de los comentarios que presentaron los regulados no pudieron ser atendidos o resueltos a través de la Guía. Esto es natural: (i) la operación del día a día arroja complejas y nuevas particularidades que es imposible plasmarlas todas en una guía; (ii) igualmente, el papel que juega el Pleno como órgano único de decisión dificulta al área operativa pronunciarse sobre ciertos aspectos en los que no hay un enfoque único o uniforme dentro del mismo Pleno.

Quizás, una manera de enriquecer el proceso de consulta pública sería hacer públicos también los comentarios realizados por los interesados de tal manera que, aunque no sean plasmados en la Guía, sea posible seguir de cerca el debate y entender cuáles son los puntos en los que aún existe indefinición o visiones encontradas con la autoridad.

No obstante, desde mi punto de vista, la Guía representa un genuino e importante esfuerzo por contestar las dudas más frecuentes que surgen en relación con este proceso y de servir como una verdadera guía para facilitar el cumplimiento de los requisitos de proceso frente a la CFC.

Personalmente, encuentro en la Guía importantes avances y, por supuesto, identifico retos y áreas de mejora. En efecto, debemos de partir de la base que estamos frente a un documento que debe estar en constante revisión y actualización para poder reflejar las mejoras en los procesos y las definiciones que se toman a lo largo del tiempo. Con este espíritu y bajo esa misma premisa, Javier Núñez acaba de expresar la

apertura de seguir escuchando la opinión de los usuarios de los servicios de la CFC para posibles futuras modificaciones.

I. La guía del 2004

En el 2004 se emitió la primera guía de notificaciones. El proyecto inicial, si mal no recuerdo, constaba en dos secciones: una procedimental y una de análisis económico. Si bien sí se solicitó la opinión de los practicantes, no fue un proceso de consulta abierta sistematizada. Desde ese punto de vista desde el proceso hay un cambio fundamental en la emisión de esta Guía. El esfuerzo se materializó en una guía de procedimiento, y la parte analítica quedó en un documento de referencia. Viendo esta génesis entendemos como se viene actualizando la Guía que hoy comentamos, también como una guía de procedimiento; y la parte analítica debe de alguna manera complementarse con los documentos técnicos que fueron presentados, y se van a presentar el día de hoy, sobre mercado relevante y poder sustancial. Obviamente vista con siete años de distancia, la guía del 2004 requería actualizarse. Aquí quizá la petición es no esperar a que pasen otros siete años para ir actualizando las guías, sino que me parece un buen ejercicio estarlo haciendo de manera constante.

II. La Guía

A. Novedades

Encuentro muchas novedades en este documento. La más importante es que desde 2004 a la fecha ya tuvimos una modificación legal (i.e. en 2006) y en esta modificación legal se añadió un nuevo procedimiento simplificado, por lo que era muy importante actualizar los criterios que devienen de las nuevas disposiciones legales. También encuentro que se aclararon diversos temas que ahora se abordan desde la perspectiva del actuar de la Comisión en estos últimos años.

Entre otras cosas:

- Explicita la manera en la que CFC cuenta las ventas de un agente económico que no tiene presencia en México y reporta ventas a través de distribuidores independientes.
- Transparenta lo que la CFC ha entendido por “sucesión de actos” para efecto de los umbrales (mismo agente económico en un lapso breve – 5 años).
- Aborda casos en los que había incertidumbre. Presenta elementos sobre diversas situaciones en las que existe entre los practicantes incertidumbre de cómo deben tratarse como
 - a. Maquilas;
 - b. Intercambios accionarios;
 - c. De los fideicomisos de garantía;
 - d. ADRs;
 - e. Incrementos de capital;
 - f. Adquisición en el mercado de valores;
 - g. Operaciones con afores; y
 - h. Adquisiciones hostiles.
- Explica el procedimiento que *de facto* utiliza la CFC para nombrar representante común.
- Describe las consideraciones que la CFC toma para emitir la orden de no cierre.
- Transparenta las discusiones que se han suscitado en relación con la identificación de transacciones que pueden beneficiarse del procedimiento simplificado (artículo 21 bis).
- Incluye una sección de confidencialidad en la que por primera vez se explicita (en forma de lista) la información que puede calificar como confidencial para efectos del artículo 31 bis de la LFCE. Este catálogo me parece útil no solamente para las concentraciones, sino quizás para también los otros procedimientos de la Comisión.
- Describe y puntualiza toda la información que la CFC pudiera requerir en casos complejos. Obviamente este catálogo de información tendrá que verse a la luz de los criterios analíticos, porque finalmente lo que hace aquí la guía es decir toda la información que pudiera ser requerida para efectos de un análisis.

Hay que resaltar que la Guía manda un mensaje de flexibilidad en el sentido de que el objetivo de la Comisión es reducir los costos innecesarios a los agentes económicos, de tal manera que invita a los notificantes a acercarse a la autoridad para buscar adecuarse, como bien lo dice Javier Nuñez, dentro del marco legal al caso concreto.

Más aún, la Guía envía a los practicantes un mensaje también claro del mantenimiento de “una política de puertas abiertas” para poder analizar las dudas particulares antes y durante el proceso. Esto va en línea de las mejores prácticas internacionales en donde se busca facilitar el proceso a los agentes económicos y con ello evitar costos innecesarios. Por ejemplo, en Europa existe un amplio intercambio con la autoridad antes de que formalmente se presente el escrito de notificación.

B. Limitantes

Cabe reconocer que después del análisis de la Guía encuentro límites y áreas de mejora:

- Se limita a cuestiones operativas. La Guía reconoce que atiende primordialmente a aspectos operativos. En efecto, la Guía debe de leerse junto con los dos trabajos que hoy se presentan: el relativo a las referencias sobre el mercado relevante y el documento relativo a referencias sobre el poder sustancial. Para evaluar esta limitante es importante ver cómo van a interactuar realmente estos documentos analíticos con esta guía procedimental.
- No es vinculante. La Guía claramente especifica que no es vinculante y que documenta la experiencia de la institución los precedentes y criterios que el Pleno ha adoptado. Esto es normal y no será un problema en la medida en la que CFC explique en sus resoluciones el porqué se apartó de los aspectos reflejados en la misma.
- Al busca proteger la discrecionalidad del Pleno, la Guía pierde en previsibilidad. Cuando vemos por ejemplo, el catálogo de toda la información que se puede pedir durante el procedimiento, finalmente la pregunta del notificante será ¿tengo que tener todo este acervo de información?. Entonces desde ese punto de vista la previsibilidad del proceso está muy ligada con el tema de la manera en la que se realiza el análisis de fondo. El trabajo de previsibilidad no sólo debe ser de afuera de la CFC hacia adentro sino también dentro de la propia CFC: la propia área operativa debe de operar con un nivel de confort básico sobre el tipo de análisis que pretende recibir el Pleno en casos complejos, ya que de no hacerlo, lo único que se provoca es que ésta trate de cubrir todos los frentes posibles de preguntas ante la incertidumbre de la reacción del Pleno.

Finalmente, me hubiera gustado ver reflejada en esta Guía la parte de la descripción del procedimiento interno de facto. Me parecía útil de la otra guía del 2004 lo describía desde la asignación del expediente, hasta la realización del dictamen y su programación para consideración del Pleno. Es decir, temas de procedimiento que no están en la Ley pero que la CFC lo ha desarrollado en la práctica y que es útil que los agentes económicos los conozcan.

C. Retos

Reconociendo que, como bien comentó el Dr. Pérez Motta, finalmente lo que se busca en un órgano colegiado es la discusión y la diferencia de opiniones, es necesario que éste aborde temas específicos para poder dar lineamientos más certeros a los agentes económicos. La Guía asoma diversos temas en lo que es necesaria una discusión pública y definición de la CFC. Por ejemplo:

- El tratamiento de casos de empresas en situaciones precarias: la propia Guía reconoce que no hay una práctica específica de la Comisión. Sería bueno que hubiera ya, que finalmente las empresas que están en situaciones precarias requieren de resoluciones expeditas.
- La cooperación entre competidores. Acabo de escuchar que ya está en marcha una guía sobre cooperación entre competidores, me parece algo muy importante. Este tema comienza a desarrollarse en la Guía, pero de alguna manera se ve que todavía falta discusión. La solución

que ahora refleja la misma, que sin duda refleja el debate interno, nos llevaría incluso a instrumentar soluciones artificiales de crear un vehículo formal para que la CFC la pueda analizar y aprobar.

- También el tema de conversiones y concentraciones a través de otras operaciones diferentes a las compra-ventas, como por ejemplo serían arrendamientos de largo, etcétera.

Me parece que falta también profundizar y dar una mayor guía en temas relevantes como las eficiencias, quizás esto se debe a la falta de precedentes. No obstante, ahora que la tendencia internacional es centrar el análisis de las concentraciones en las eficiencias, creo que la comunidad necesitamos más guía respecto a cómo evaluar las eficiencias.

Por su naturaleza, esta Guía no desarrolla aspectos analíticos; sin embargo, la Guía deja ver que la CFC valora “la posibilidad de comportamientos coordinados”. No obstante, en ningún lugar se explicita cómo se realiza el análisis para efectos de evaluar posibilidades de interacción coordinada. En consecuencia invito al Pleno a discutir cómo debe de realizarse un análisis de interacción coordinada y finalmente hacerlo del conocimiento de los particulares.

El reto de a CFC y del Pleno es avanzar en el establecimientos de criterios o consensos respecto de aspectos analíticos básicos para la consideración de las concentraciones (i.e. trabajar en la previsibilidad). Igualmente, sería útil una depuración de los “criterios del Pleno” que muchos han sido superados y otros, debido a las modificaciones legales deben de repensarse (por ejemplo, las multas por notificación extemporánea).

Sin tratar de presentar una definición teórica respecto de la diferencia entre Transparencia y previsibilidad, me gustaría dejar como punto de reflexión, ¿esta Guía abona a la transparencia y a la previsibilidad en la misma forma?

- **La transparencia como el atributo de una autoridad de dejar ver lo que sucede dentro de ella en su proceso decisorio**, me parece que esta Guía sí refleja el mejor entendimiento del área operativa del estado de las cosas y del procedimiento en la actualidad.
- Por lo que se refiere a **previsibilidad, si lo consideramos como una cualidad de poder anticipar cómo se desarrollará el procedimiento (sobre todo en casos complejos)**, me parece que en este frente hay todavía camino por recorrer. Definitivamente involucra el aspecto analítico, ¿cuáles son los criterios analíticos para los casos complejos?

Esto es, la Guía representa un genuino e importante esfuerzo por transparentar los procesos y el estado de reflexión dentro de la propia CFC de los temas que impactan a las concentraciones. Como anotaba, el mayor reto es la previsibilidad en el análisis para casos complejos con lo que nos va a permitir tener una mayor previsibilidad en el propio proceso. Sobre todo tomando en cuenta la tendencia internacional de moverse hacia un análisis enfocado en los efectos y no en la mera estructura. Con esta tendencia el análisis se vuelve más complejo.

La previsibilidad es muy importante en los procesos de concentraciones. Los estudiosos han identificado dos tipos de errores en los que puede incurrir una autoridad:

- **El error tipo 1** (bloquear una concentración con efectos benéficos)
- **El erro tipo 2** (autorizar una concentración con efectos no deseables)

Alan Fisher y Robert Lande,¹ para el caso de procedimientos de concentración añaden un “error adicional: el error tipo 3 que ocurre al crear costos innecesarios en el proceso de autorización. Este error

¹ Fisher, Alan & Lande, Robert, *Efficiency Considerations in Merger Enforcement* 71 (6) California Law Review, 71; 1670-77, diciembre 1983.

ocurre cuando las autoridades, tratan desesperadamente de evitar los errores tipo 1 y 2 lo que puede generar costos que pudieran no contrarrestar (desde el punto de vista de los resultados sociales óptimos) la reducción de los errores tipo 1 y tipo 2

Entonces por eso tenemos que evitar que esta complejidad analítica nos atrape en un error tipo 3, por lo que la previsibilidad en este sentido es muy importante para evitar este tipo de errores.

Felicito a la CFC por este importante esfuerzo y la invito a seguir avanzando, en los temas en los que aún existe incertidumbre.