

P213-CTCC-004-2015



COMISIÓN FEDERAL DE
COMPETENCIA ECONÓMICA

2015 ENE 15 PM 1:48

OFICIALIA
DE
PARTES

México, D.F. a 15 de enero de 2015

Lic. Alejandra Palacios Prieto
Comisionada Presidente
Comisión Federal de Competencia
Presente

Estimada Lic. Palacios:

En nombre de la International Chamber of Commerce México (ICC México), la cual me honro en presidir, les enviamos comentarios sobre el Anteproyecto de Criterio Técnico para el Cálculo y Aplicación de un Índice Cuantitativo en el Análisis de Posibles Efectos sobre la Competencia y Libre Concurrencia Derivados de una Concentración, publicado en el Diario Oficial de la Federación el pasado 21 de noviembre de 2014.

Es del interés de ICC México y de su Comisión de Competencia Económica que preside el Dr. Francisco González de Cossio, que estos comentarios sean tomados en cuenta durante el proceso de consulta pública y definición final de dicho Criterio Técnico.

Nuestra Organización hace las observaciones anteriores en forma respetuosa, con ánimo constructivo, y en el mejor afán de colaborar con nuestras autoridades por el bien de nuestro país.

Sin más, reciba la seguridad de nuestra más alta consideración.

Atentamente,

María Fernanda Garza Merodio
Presidente

Ccp. Dr. Francisco González de Cossio. Presidente de la Comisión de Competencia. ICC México

Postura sobre el Anteproyecto de Criterio Técnico para el Cálculo y Aplicación de un Índice Cuantitativo en el Análisis de Posibles Efectos sobre la Competencia y Libre Concurrencia Derivados de una Concentración.

CONTEXTO

La International Chamber of Commerce México (ICC México) presenta comentarios sobre el Anteproyecto de Criterio Técnico para el Cálculo y Aplicación de un Índice Cuantitativo en el Análisis de Posibles Efectos sobre la Competencia y Libre Concurrencia Derivados de una Concentración, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de noviembre de 2014 (el “Anteproyecto”), con el deseo de que sean tomados en cuenta durante el proceso de consulta pública y definición final de dicho Criterio Técnico.

I. COMENTARIO GENERAL

El Anteproyecto da cumplimiento a la obligación legal de la Comisión de emitir periódicamente criterios técnicos en materia de Concentraciones, en este caso en particular con la finalidad de dar certidumbre y claridad sobre la medición mediante un índice del grado de concentración en el mercado relevante, así como la exposición de las consideraciones para la aplicación del mismo.

No obstante, el Anteproyecto carece de una explicación más amplia sobre algunas consideraciones de carácter técnico vertidas en el mismo, las cuales son de vital importancia para la correcta interpretación y aplicación de los criterios técnicos que se pretenden establecer.

II. SUGERENCIAS

A continuación se hacen algunas sugerencias al Anteproyecto.

A. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Desde el punto de vista jurídico es necesario identificar la naturaleza del objeto normado. La estimación del grado de concentración en un mercado relevante (y los riesgos a la competencia económica) implica considerar que del Índice Cuantitativo puede inferirse una presunción de ilegalidad en alguna concentración.
2. El Índice Cuantitativo no podría generar una “presunción” de legalidad porque la concentración hipotética propuesta es en principio legal (y las más de las veces un contrato tipificado en la legislación común), la ilegalidad de ésta última deriva de cuestiones de competencia económica y no de la naturaleza jurídica del acto.
3. Sin embargo, conviene enfatizar, que para generar una presunción legal es necesario un acto de autoridad materialmente legislativo. Por lo que el acto jurídico que decreta la presunción legal que debe operar a favor del Índice Cuantitativo tendría que ser de naturaleza abstracta, general e impersonal. Consecuentemente, se tendría que incluir la presunción legal que derive del Índice Cuantitativo en un acto legal o reglamentario.
4. De conformidad con el artículo 28 fracción cuarta de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Comisión tiene facultades para: “emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia”.

5. En suma, la Comisión puede emitir el acto que daría fundamento legal al Índice Cuantitativo como una presunción legal, pero debe hacerlo de manera formal y materialmente reglamentaria.

B. CONSIDERACIONES ECONÓMICAS

6. En cuanto al punto 6 del Anteproyecto¹, el primer criterio (6.1) establece que “el valor de delta sea menor de 75 puntos”. La ICC propone elevarlo al menos a 100 ya que en la gran mayoría de las operaciones en la práctica se supera fácilmente esta diferencia aún y cuando no se aprecian riesgos anticompetitivos y también, a efecto de armonizarlo un poco más con los criterios internacionales, particularmente y como ejemplo los vigentes en los Estados Unidos de América².

7. Se observa que en el Anteproyecto se ha eliminado el Índice de Dominancia ("ID") como criterio de evaluación. La ICC considera adecuada su supresión, puesto que su papel en la evaluación de las concentraciones es controvertido en el análisis de competencia, principalmente al considerar que no previene sobre los efectos coordinados. Sin embargo, la ICC considera que la forma en que se pretende rescatar algo de la idea del ID en el punto 6.3 del Anteproyecto es poco acertada y complica la materia innecesariamente.

¹ Mismo que a la letra dice: “**SEXTO.** La Cofece considerará, como una primera aproximación al análisis de los efectos probables de una concentración en el mercado relevante, que ésta tendría poca probabilidad de obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre competencia o la competencia económica en dicho mercado relevante, cuando los cálculos mencionados arrojen alguno de los siguientes resultados:”

² Jurisdicción en la cual, como es de conocimiento de ésta H. Comisión, para mercados moderadamente concentrados ese es el estándar.

8. Respecto del punto 6.3 del Anteproyecto³, es sumamente improbable que se actualice dicho supuesto. En contraste con el anterior ID, el eje central del mismo consistía en que concentrando a dos agentes económicos pequeños se hace un competidor más fuerte para los grandes. Por ejemplo, el tercero y el cuarto del mercado se concentran, rebasan al segundo y así forman un competidor más fuerte para el primero. Pero en el caso del punto 6.3 del Anteproyecto se trata en el mejor de los casos del quinto y sexto, que en su conjunto tienen una participación, menor que el cuarto, pues de otro modo, rebasarían al cuarto. Es decir, uno es el más grande; tiene tres competidores en el mercado y ahora va a tener un cuarto competidor con una participación menor al tercero. En el caso que esa H. Comisión haya pretendido sustituir al criterio del ID, debería de tratarse más bien de una concentración entre empresas cuya participación conjunta llegue cerca a la del más fuerte o de los dos más fuertes. Dicho de otro modo, la condición de que no se encuentre entre los cuatro mayores no parece benéfica, sino incluso podría resultar contraproducente, toda vez que una decisión de esta naturaleza podría terminar beneficiando a los “grandes”.

9. La desaparición ID sin duda tendrá efectos relevantes sobre las expectativas, fundadas en la aplicación de un criterio por más de quince años, de los agentes económicos que pretenden concentrarse. No han sido poco frecuentes los casos en que una variación positiva en el ID justifica la aprobación de una concentración, aún y cuando el IHH sugiera un grado riesgoso de concentración en el mercado.

10. Para que el planteamiento del punto 6.3 del Anteproyecto resulte viable, por lo menos debe de haber seis participantes en el mercado. Si hay cinco, con la concentración quedan cuatro y el agente económico concentrado quedaría

³ Mismo que a la letra dice: “6.3. El valor de H2 se ubique entre 2,000 y 2,500 puntos; Δ se ubique entre 75 y 150 puntos, y que el agente económico resultante después de la operación no se encuentre dentro de los cuatro agentes económicos con mayor participación de mercado.”

necesariamente entre los cuatro mayores. Ahora bien, si hay seis, es muy difícil llegar a una distribución entre los seis tal que se produzcan un HHI y una delta dentro de los rangos planteados. Solamente en pocos casos (por ejemplo, 1 a 4 con 20% y 5 y 6 con 10%) se producirían cifras dentro de los rangos, pero al momento de introducir algo de desigualdad entre los primeros cuatro, resulta casi imposible.

11. La aplicación de poder sustancial conjunto pudiera implicar que en una notificación de concentración de dos competidores “menores”, a éstos no se les autorizaría la operación, en el caso en que la Comisión previera que la modificación en la estructura de mercado favorecería la realización de efectos coordinados o colusión tácita. Una decisión de esta naturaleza podría terminar beneficiando a los competidores “grandes”.

Por las consideraciones referidas, la ICC recomienda a esa H. Comisión⁴:

- i. Explicar las razones de los umbrales que se establecen para el IHH y su variación;
- ii. Explicar por qué en dichos umbrales se toma como referencia a los 4 principales agentes económicos;
- iii. Explicar las razones por las que la Comisión abandona la aplicación del ID; y
- iv. Ampliar la explicación sobre la aplicación de los índices, en relación con el concepto de poder sustancial conjunto.

⁴ Las recomendaciones precedentes involucran a todos los procedimientos de la Comisión que deben resolverse mediante un análisis similar al aplicado a Concentraciones, así como a la investigación de Prácticas Monopólicas Relativas.

* * * *

ICC México hace las observaciones anteriores en forma respetuosa con ánimo constructivo, y en el mejor afán de colaborar con nuestras autoridades por el bien de nuestro país.

* * * *

Sobre la International Chamber of Commerce (ICC)

La ICC es la organización mundial de las empresas cuya misión es fomentar la apertura del comercio y la inversión internacional, así como ayudar a las empresas a enfrentarse a los retos y las oportunidades que surgen con la globalización.

Con intereses que abarcan todos los sectores de la empresa privada, la red global de la ICC comprende más de 6 millones empresas, cámaras de comercio y asociaciones empresariales en más de 130 países. Los comités nacionales trabajan con las empresas miembro de la ICC en sus propios países para abordar sus preocupaciones e intereses, y haciéndoles llegar a sus respectivos gobiernos las posturas empresariales formuladas por la ICC.

La ICC transmite sus prioridades a través de una estrecha colaboración con las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio, el G-20 y otros foros intergubernamentales.

Cerca de 3,000 expertos procedentes de las empresas miembros de la ICC alimentan con su conocimiento y experiencia los puntos de vista de la ICC sobre cuestiones específicas que afectan directamente a la actividad empresarial.

International Chamber of Commerce México (ICC México)

El Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (ICC México), fue fundado en el año de 1945, como organismo de afiliación voluntaria, destinado a vincular a las empresas establecidas en México, con el objetivo de promover el cabal establecimiento de una economía global de mercado con responsabilidad social, ética y ecológica, y auspiciar una mayor certidumbre para las operaciones empresariales, con la firme convicción de que el intercambio comercial promueve la prosperidad y la paz entre las naciones.