

COMPETENCIA EN TIEMPOS DE CRISIS: REFLEXIONES A PARTIR DEL COVID-19

COMPETITION IN TIMES OF CRISIS: REFLECTIONS FROM COVID 19

Carlos Mena Labarthe*
Instituto Tecnológico Autónomo de México
Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez

Jessica González González**
Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez

Competition agencies are facing an unprecedented scenario as a result of the COVID-19 pandemic. Different from other economic crises, the COVID-19 health crisis has also brought new conditions of social organization with a direct impact on competition policy enforcement.

These extraordinary circumstances have brought important considerations for competition law and policy. In Mexico, among other issues, these circumstances have confirmed the need to strengthen the interaction between the competition agency and other regulators, and to have more visibility the treatment of collaborations among competitors. This experience, certainly, represents an opportunity to reconsider key issues that will have an impact on the development of competition policy and competition law.

KEYWORDS: crisis; pandemic; COVID-19; competition policy; Mexico.

Las agencias de competencia se han enfrentado a un escenario inédito como consecuencia de la pandemia por COVID-19. A diferencia de otras crisis económicas, la emergencia sanitaria ha planteado también nuevas condiciones de organización social con un impacto directo en la aplicación de la política de competencia.

Estas circunstancias extraordinarias han traído importantes consideraciones para el derecho y la política de competencia económica. En México, entre otras cuestiones, se ha confirmado la necesidad de fortalecer la interacción entre la autoridad de competencia y otros reguladores, así como de contar con mayor visibilidad sobre el tratamiento a los acuerdos de colaboración entre competidores. Esta experiencia, sin duda, representa una oportunidad para replantear cuestiones que tendrán un impacto en el crecimiento y desarrollo de la política de competencia y su aplicación.

PALABRAS CLAVE: crisis; pandemia; COVID-19; política de competencia; México.

* Abogado. Máster en Derecho de los Negocios por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y Máster en Regulación Económica (M.Sc.) por la London School of Economics and Political Science (LSE). Ex Titular de la Autoridad Investigadora de la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece). Profesor en el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Socio de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C. (Ciudad de México, México). Contacto: carlos.mena@creel.mx

** Abogada. Master of Laws (LL.M.) por el King's College de Londres. Ex directora de Estudios de Competencia de la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece). Asociada de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C. (Ciudad de México, México). Contacto: jessica.gonzalez@creel.mx

Los autores contaron con la colaboración de Sofía Martínez Godínez, pasante en Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez.

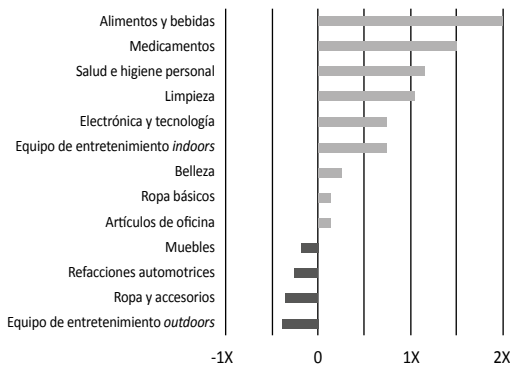
Nota del Editor: Este artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 10 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 2 de noviembre de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de Competencia Económica es una disciplina joven. Su existencia presupone un sistema de economía de mercado protegido por el Estado, que es inherente a un Estado de Derecho moderno. El desarrollo de esta área de práctica jurídica varía en función de cada país, pero si algo podemos aprender del año 2020 es que, en ninguno de ellos, el Derecho de Competencia Económica o las agencias encargadas de su aplicación anticipaban enfrentarse a una pandemia con graves consecuencias económicas a nivel mundial.

A diferencia de otras crisis económicas, la pandemia del COVID-19 resultó también en nuevas condiciones de aislamiento y organización social, las cuales han tenido consecuencias drásticas en el funcionamiento de los mercados. Al cambiar las condiciones de vida de las personas, los mercados han tenido que ajustarse a nuevos equilibrios entre oferta, y demanda de bienes y servicios, que van desde el papel higiénico para uso doméstico (el cual ha enfrentado un exceso de demanda que parece atender al pánico de los consumidores) hasta los ventiladores de uso médico (cuya demanda creció por el aumento de pacientes en los que su vida depende de la disponibilidad del producto). Otros productos y servicios como los ofrecidos por las aerolíneas y los hoteleros han tenido el efecto contrario.

Figura 1: Cambio en la demanda por categorías de producto en la pandemia



Fuente: Lozano Meade, G. (2020, p. 5)

Estas alteraciones en la dinámica entre los integrantes de las cadenas de producción y de consumo han traído interesantes consideraciones en materia de competencia económica, y evidencian que el *status quo* cambia rápidamente en los mercados. Las agencias de competencia han implementado acciones y medidas específicas para hacer frente a estos cambios, de acorde a su diseño institucional y la flexibilidad de cada sistema normativo. No obstante, al mismo tiempo, han enfrentado muchos retos. El sistema normativo se

ve afectado por un *shock* externo que altera la materia regulada, lo que requiere un ajuste sin precedentes.

En el caso de México, por ejemplo, la crisis derivada de la pandemia confirmó una limitación a la que se enfrenta la Comisión Federal de Competencia Económica (en adelante, Cofece) en la aplicación de la política de competencia, consistente en lograr una adecuada interacción con otros reguladores y autoridades para alinear la intervención estatal con los principios de competencia. Además, esta situación permitió replantear la necesidad de contar con mayor claridad sobre el tratamiento de acuerdos colaboración entre competidores bajo los principios de competencia.

El presente trabajo se enfoca en estas dos problemáticas en el derecho de la competencia en México, como un ejemplo regional importante, proponiendo para cada uno de los casos alternativas concretas para atenderlas que podrían ser aplicables a otras jurisdicciones.

II. INTERACCIÓN CON REGULADORES PARA ALINEAR LA INTERVENCIÓN ESTATAL

Uno de los principales retos que ha planteado la pandemia del COVID-19 en la aplicación de la política de competencia (como ha sucedido con otras crisis económicas) es su alineación con la intervención estatal. En efecto, la experiencia ha demostrado que esta puede generar importantes disrupciones en los mercados cuando no se encuentra alineada a los fines perseguidos por la política de competencia (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] 2009). Los gobiernos al dictar sus medidas no necesariamente visualizan o valoran los alcances, y repercusiones que pueden tener en la competencia a mediano y largo plazo. En efecto, las crisis resaltan lo urgente y esconden lo importante.

Por ello, las agencias de competencia juegan un papel esencial al asegurar un debido balance para que las acciones tendientes a la recuperación no deriven en afectaciones a la competencia y libre concurrencia que, a largo plazo, afectarán tanto a los mercados como a los consumidores. En este contexto, la OECD recomendó a los gobiernos ser receptivos a las opiniones de las autoridades de competencia en el momento de la planeación de intervenciones estatales en estas coyunturas (2020).

No obstante, desde nuestro punto de vista, resulta importante dotar a las autoridades de competencia de herramientas que les permitan interactuar de manera adecuada con los reguladores y otras autoridades encargadas de emitir decisiones gu-

bernamentales que pudieran incidir en el proceso de competencia. Este aspecto resulta especialmente relevante para el caso de medidas adoptadas en contextos de situaciones extraordinarias.

Por ejemplo, en México, las atribuciones de Cofece para intervenir en este contexto parecieran ser limitadas. Por un lado, Cofece, según lo establecido en la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante, LFCE), se encuentra facultada para emitir opiniones sobre los posibles efectos en materia de competencia y libre concurrencia que puedan tener los ajustes a programas y políticas públicas, así como reglas, disposiciones, o actos administrativos de carácter general que emitan otras autoridades (LFCE, 2014, art. 12). Sin embargo, estas opiniones no son vinculantes, ni tampoco existe un mecanismo para asegurar una justificación por parte del regulador cuando éste se niegue a aceptar o cumplir con las recomendaciones formuladas, lo cual podría debilitar la atribución¹.

Un ejemplo claro de lo anterior fue una medida de gobierno dictada por México, la cual no tardó en ser altamente cuestionada desde su emisión por parte del Centro Nacional de Control de Energía (Cenace) (Cenace, 2020), así como la posterior Política en el Sistema Eléctrico de la Secretaría de Energía (Secretaría de Energía, 2020). Esta medida dicta la suspensión de pruebas de plantas de energía solar y eólica, utilizando como justificación y soporte la urgencia derivada de la pandemia del COVID-19. Cofece emitió recomendaciones al referido acuerdo (Cofece, 2020c), instando a Cenace a que las medidas que realice sean conforme a estrictos criterios técnicos. Asimismo, se instaba a que no otorgue trato discriminatorio indebido a las centrales eólicas y fotovoltaicas, que determine los alcances de temporalidad de las medidas que tome y que sean realizadas a corto plazo para no generar un desplazamiento indebido a las energías limpias.

Ante la falta de respuesta (y de algún mecanismo para solicitarla) Cofece interpuso una controversia constitucional ante los órganos jurisdiccionales solicitando a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se pronuncie sobre los límites que tiene un regulador sectorial frente a los principios constitucionales de competencia cuando sus acciones afectan las dinámicas competitivas de los mercados (Cofece, 2020a). La controversia fue admitida por la Suprema Corte y se decretó una suspensión

de la política en una actuación sin precedentes de parte de la autoridad y el Tribunal Supremo.

Aunque la resolución de este asunto podría sentar bases importantes para la coordinación entre las agencias de competencia y los reguladores, en nuestra opinión, no debería descartarse la idea de implementar algún mecanismo desde la legislación para garantizar una adecuada interacción y contrapeso, y que no dependa de un criterio judicial.

Una alternativa podría ser prever en la legislación de competencia que, una vez recibida una opinión de Cofece en la que se emitan recomendaciones, la autoridad correspondiente informe si acepta dicha recomendación, o bien funde y motive su negativa, la misma que tendría que hacer pública. Si bien este aspecto no garantizaría la remoción de obstáculos regulatorios identificados por la autoridad de competencia, sí podría contribuir a ejercer mayor presión sobre las autoridades para tomar en consideración su opinión y recomendaciones.

Un referente claro de este mecanismo en el sistema mexicano es la normativa aplicable a las recomendaciones que emite la Comisión Nacional de Derechos Humanos (en adelante, CNDH). En efecto, el artículo 46 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos señala lo siguiente:

Artículo 46.

La recomendación será pública y no tendrá carácter imperativo para la autoridad o servidor público a los cuales se dirigirá y, en consecuencia, no podrá por sí misma anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia.

En todo caso, una vez recibida, la autoridad o servidor público de que se trate informará, dentro de los quince días hábiles siguientes a su notificación, si acepta dicha Recomendación. Entregará, en su caso, en otros quince días adicionales, las pruebas correspondientes de que ha cumplido con la Recomendación. Dicho plazo podrá ser ampliado cuando la naturaleza de la Recomendación así lo amerite.

Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas, se procederá conforme a lo siguiente: a) La autoridad o servidor público de que se trate deberá fundar, motivar y hacer

¹ Es importante mencionar que la LFCE también prevé un procedimiento que permite a Cofece determinar la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia. Este término comprende tanto (i) características estructurales de los mercados, (ii) hechos o actos de agentes económicos en particular; o, (iii) disposiciones jurídicas emitidas por otras autoridades que indebidamente impidan, o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia. Sin embargo, este procedimiento se utiliza como un mecanismo *ex post*, el cual puede tomar varios años y que, en última instancia, podría culminar en una recomendación que tampoco es vinculante para las autoridades que han emitido la normativa en cuestión.

pública su negativa, y atender los llamados de la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, a comparecer ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa [...] (2014, art. 46).

Como se observa, la CNDH cuenta, además, con la facultad de solicitar al Congreso de la Unión la comparecencia de aquellos titulares de las autoridades responsables cuando estas se nieguen a cumplir con las recomendaciones emitidas por dicho órgano, lo cual ciertamente fortalecería los incentivos para cumplir con las recomendaciones que emite².

Esta última cuestión es también relevante si pensamos en el papel que deben jugar las autoridades en la reactivación de la economía en México, y la incidencia que las acciones y decisiones de política pública generen en los mercados. En efecto, Cofece publicó recientemente un documento denominado Propuestas en materia de competencia económica para contribuir a la reactivación de la economía mexicana (2020e). Este documento contiene propuestas concretas para fomentar la competencia en distintos sectores relevantes para la economía nacional tales como farmacéutico, financiero, energético, transporte, entre otros.

Desde nuestro punto de vista, las medidas relacionadas con reformas a regulación, flexibilización en el otorgamiento de permisos, autorizaciones y en procedimientos, entre otras valiosas propuestas podrían resultar más efectivas si existiera un mecanismo similar a aquel con el que cuenta la CNDH, cuando menos para exigir una justificación por parte de los reguladores que no acepten las propuestas o recomendaciones formuladas por la autoridad de competencia.

En adición al anterior punto, se destaca, del listado de propuestas, una modificación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, la Constitución) con la finalidad de facultar a Cofece para iniciar acciones de inconstitucionalidad sobre normas generales que sean incompatibles con los principios de competencia tutelados en la Carta Magna. Esta atribución ciertamente podría contribuir a fortalecer sus atribuciones para eliminar obstáculos regulatorios a la competencia en la normativa estatal y federal que se emita en el futuro.

Contar con una autoridad de competencia que pueda iniciar actuaciones y procedimientos constitucionales directamente ante los tribunales puede ser una excelente medida para el control de obstáculos regulatorios. Además, podría servir como un desincentivo para que las autoridades establezcan este tipo de medidas en primer lugar.

III. ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES

A. Contexto en México

Existe coincidencia entre las agencias de competencia en que cierto tipo de colaboraciones pueden generar eficiencias y beneficios económicos importantes para los consumidores. No obstante, dado que también pueden tener efectos anticompetitivos, en ciertas jurisdicciones, tales como los Estados Unidos o la Unión Europea, existen guías que permiten a las empresas evaluar la compatibilidad de este tipo de colaboraciones con la normativa de competencia (Federal Trade Commission, 2000a).

En México, el tema de las colaboraciones entre agentes económicos competidores ha sido uno en el que tradicionalmente no ha habido gran claridad. Aunque la legislación de competencia no lo señale expresamente, Cofece ha reconocido en distintas ocasiones que las colaboraciones entre competidores podrían lograr efectos positivos en los mercados. De hecho, en el año 2017, la autoridad trabajó en un anteproyecto de guías sobre criterios de análisis de colaboraciones entre competidores (Cofece, 2017) similar al emitido por las autoridades de competencia en Estados Unidos; sin embargo, este fue eventualmente abandonado.

No obstante, en los términos actuales de la LFCE, no existe suficiente claridad para evaluar una colaboración de este tipo. En específico, se identifica la necesidad de contar con mayor certidumbre jurídica de los criterios que la autoridad de competencia utilizaría para determinar cuándo un acuerdo entre competidores podría dar lugar a una práctica monopólica absoluta (en cuyo caso serían ilícitas) o una concentración que tendría que ser autorizada previo a su implementación, si rebasa ciertos umbrales monetarios comprendidos en dicha Ley.

En efecto, la LFCE considera como práctica monopólica absoluta todo acuerdo, arreglo o combi-

² Al respecto, la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, artículo 15, dispone como facultad de la CNDH:

Solicitar, en los términos del artículo 46 de esta Ley, a la Cámara de Senadores o en sus recesos, a la Comisión Permanente, o a las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda se llame a comparecer a las autoridades o servidores públicos responsables, para explicar el motivo de su negativa a aceptar o cumplir las recomendaciones emitidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2017, art. 15).

nación entre competidores que tenga por objeto o efecto (i) la fijación o manipulación de precios; (ii) la restricción de la oferta; (iii) la segmentación de mercados; (iv) la coordinación de posturas para licitaciones; y (v) el intercambio de información que tenga por objeto o efecto cualquiera de los anteriores (LFCE, art. 53, fracciones I a V). Las prácticas monopólicas absolutas son ilícitas *per se* y conllevan importantes sanciones administrativas para las personas físicas o morales que participen en las mismas. Además, para el caso de las personas físicas, estas conductas podrían resultar también en sanciones penales.

En este contexto, los agentes económicos deben determinar si las colaboraciones que pretendan implementar podrían tener como objeto o efecto alguna de las conductas señaladas en el párrafo anterior, en cuyo caso sería considerado como una práctica ilegal *per se*, esto es, que no admite justificación ni defensa en términos de eficiencia. Esta evaluación no resulta sencilla en la práctica, particularmente considerando que no existe un instrumento que contemple los criterios de análisis de la autoridad, ni tampoco un mecanismo claro para obtener orientación sobre este tipo de acuerdos (en adición a aquél implementado en el contexto de COVID-19, cuyo sustento resulta cuestionable, como se explica más adelante).

Por otro lado, los acuerdos de colaboración también pueden constituir “concentraciones” que deben someterse al procedimiento de revisión *ex ante* si superan alguno de los umbrales monetarios previstos en la LFCE. De acuerdo con dicha Ley, el término concentraciones comprende “la fusión, adquisición del control o **cualquier acto por virtud del cual se unan** sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos” [el énfasis es nuestro] (LFCE, 2014, art. 61).

En el anteproyecto de guías sobre acuerdos de colaboración, Cofece señaló que podría considerarse que, en el caso de uniones, los acuerdos de colaboración podrían configurar como concentraciones cuando fueran permanentes o de largo plazo si se disminuye considerablemente la competencia entre los participantes o, si existe una transferencia de control o se ejerce una influencia entre ellos con motivo del acuerdo. Estos criterios se desarrollan de manera más exhaustiva en la última propuesta de modificación a las Guías para la Notificación de Concentraciones, la cual se encuentra sujeta a consulta pública, en donde se señala lo siguiente:

Duración. En la práctica, las concentraciones son diseñadas para ser permanentes o de larga duración, es decir, cuando implique la integración a largo plazo de las sociedades que en ella participan. La Comisión considerará también como un acuerdo de colaboración entre Agentes Económicos aquellos que no cuenten con una duración predeterminada. Es importante señalar que la duración de un acuerdo de colaboración entre Agentes Económicos no deberá considerarse de forma aislada, sino que deberá considerarse también la independencia y el alcance.

Independencia. Un elemento importante para identificar si un acuerdo entre competidores constituye una concentración es la creación de un nuevo Agente Económico con autonomía funcional y operacional, entendida como la determinación independiente de estrategias de mercadotecnia, precios, distribución y ventas; así como autonomía financiera.

Alcance. Cuando se celebre un acuerdo de colaboración entre Agentes Económicos, las partes deberán mantener la presión competitiva que se ejercen en los mercados fuera del acuerdo de colaboración. Es decir, un acuerdo de colaboración entre agentes económicos no debe interferir en los activos, precios, producción o cualquier otra variable sensible que pudiera reducir la capacidad o el incentivo de los participantes para competir de manera independiente en mercados o actividades distintos a la materia del acuerdo de colaboración. Asimismo, el intercambio de información entre agentes económicos, especialmente cuando se trate de competidores, deberá limitarse al objeto del acuerdo de colaboración (Cofece, 2020g).

En la práctica, los acuerdos de colaboración generalmente han sido notificados de manera voluntaria, incluso cuando no es claro si constituyen una concentración para efectos de la LFCE, o bien, si actualizan alguno de los umbrales monetarios establecidas en la misma. Este mecanismo ha permitido a Cofece evaluar a través de un procedimiento exhaustivo diversas colaboraciones, incluyendo *joint ventures*, acuerdos para la consolidación de compras (*i.e.*, clubes de compras), así como actividades conjuntas de investigación y desarrollo, entre otros. La problemática consiste en que muchas veces se tiene que convencer a la autoridad de que dicha colaboración encaja en la definición de concentración y que debe ser analizada por esta vía. Además, el procedimiento podría estar imponiendo costos excesivos a colaboraciones que en realidad no necesitan ser reportadas y no tienen ningún efecto anticompetitivo.

De lo anteriormente expuesto, es posible concluir que, en México, no existe suficiente claridad para determinar si un acuerdo de colaboración entre competidores podría configurar dentro de la amplia figura de prácticas monopólicas absolutas, en cuyo caso sería ilícito *per se*, o bien una concentración que tendría que ser revisada por la autoridad de competencia previo a su implementación.

No obstante, de la transcripción anterior y de la postura adoptada por Cofece a raíz de la emergencia sanitaria (como se explica en los siguientes apartados), parecería que existen ciertos acuerdos que no necesariamente se interpretarían como prácticas monopólicas absolutas, pero tampoco serían considerados como concentraciones y, en consecuencia, no podrían ser analizados. Esta situación genera un importante grado de incertidumbre jurídica entre los particulares.

B. Colaboración entre competidores en tiempos de COVID-19

La importancia de contar con mayor claridad sobre el tratamiento de los acuerdos de colaboración entre competidores se acentuó a partir de las medidas implementadas en México para hacer frente a la crisis derivada de la pandemia por el COVID-19. En efecto, como señalamos al inicio del presente trabajo, a diferencia de otras crisis económicas, la pandemia obligó a las autoridades y particulares a implementar medidas de aislamiento o distanciamiento para evitar la propagación del virus, generando *shocks* en la dinámica de oferta y demanda en los mercados.

En diversas jurisdicciones, se reconoció que estas circunstancias extraordinarias podrían requerir la cooperación temporal entre competidores para asegurar el suministro y distribución de productos, y, en consecuencia, sería necesario flexibilizar el tratamiento de estos acuerdos. Por ejemplo, en los comunicados emitidos por la European Competition Network (ECN) (European Competition Network, 2020) y la International Competition Network (ICN), respectivamente, se señaló que este tipo de acuerdos, limitados en su duración y alcance, podrían ser necesarios para proteger las cadenas de suministro.

Este aspecto es consistente con la sugerencia de la OCDE a las agencias de competencia del mundo de mantener la vigilancia y cumplimiento de las leyes, pero considerando las condiciones de adaptación y priorización en el nuevo entorno económico. Estas condiciones incluyen, entre otras cosas, los siguientes puntos: (i) rapidez y flexibilidad en sus procedimientos, (ii) monitoreo de precios excesivos, y (iii) análisis eficiente de acuerdos de colaboración temporales (OECD, 2020).

Algunos ejemplos relevantes de las posturas adoptadas por autoridades de competencia en relación con este tipo de acuerdos en esta coyuntura son los siguientes a desarrollar.

1. Unión Europea

La Comisión Europea implementó un marco temporal de análisis para este tipo de colaboraciones, en el cual se comprometió a orientar a las empresas sobre posibles formas de cooperación entre empresas para asegurar la oferta y una adecuada distribución de productos o servicios durante la pandemia (Comisión Europea, 2020). Asimismo, para aquellos casos específicos en los que exista incertidumbre sobre la compatibilidad de posibles acuerdos con la normativa de competencia, se implementó un procedimiento específico para proporcionar orientación *ad hoc*, el cual podría incluso terminar con una autorización o carta de compatibilidad (*ad hoc comfort letter*).

2. Estados Unidos

De manera similar, la Federal Trade Commission (FTC) y el Departamento de Justicia (en adelante, DOJ) en Estados Unidos señalaron que, si bien ya existen instrumentos de autoevaluación de acuerdos de colaboración, instaurarían un procedimiento expedito, con duración de siete días calendario, para el análisis y autorización de cooperaciones entre competidores sobre las cuales aún existieran dudas sobre su compatibilidad con la normativa de competencia (Federal Trade Commission, 2020b).

3. Reino Unido

Por su parte, la Competition and Markets Authority (en adelante, CMA) en el Reino Unido emitió una guía explicando a los particulares cómo interpretar los criterios de excepción ya existentes en la normatividad aplicable en el contexto particular de la crisis económica derivada del COVID-19 (CMA, 2020). Cabe resaltar que la CMA no implementó un mecanismo de revisión y/o autorización de este tipo de colaboraciones.

4. México

En México, Cofece también adoptó una postura sobre la aplicación de la legislación en materia de competencia ante la emergencia sanitaria, incluyendo el tema de acuerdos de colaboración entre competidores. Esta postura se determinó a través de un comunicado (Cofece, 2020d), que fue complementado con algunas aclaraciones en un comunicado posterior (Cofece, 2020f) y algunas exposiciones relacionadas realizadas por la Comisionada

Presidenta y el Titular de la Autoridad Investigadora (Palacios Prieto & López Rodríguez, 2020).

De acuerdo con este comunicado, Cofece coincidió en no perseguir acuerdos de colaboración temporales que, en el contexto de la crisis sanitaria, resultaran necesarios para mantener o incrementar la oferta, satisfacer la demanda, proteger cadenas de suministro, evitar escasez o acaparamiento de mercancías, siempre y cuando no tuvieran por objeto principal fijar o manipular precios, reducir la oferta o segmentar el mercado en detrimento de los consumidores. A manera de ejemplo, Cofece hizo referencia a acuerdos de colaboración para (i) compartir activos para generar economías de red y/o alcance que permitieran reducir costos de insumos necesarios, (ii) consolidar actividades de producción y/o licenciar patentes o derechos de propiedad intelectual para la producción de bienes, o (iii) compartir canales de distribución o comercialización.

Sin embargo, a diferencia de otras jurisdicciones, Cofece estableció la obligación por parte de las empresas de informarle sobre este tipo de colaboraciones previo a su implementación, a fin de que se hiciera el análisis correspondiente y, en su caso, los participantes tendrían la seguridad de que no serán investigados. Además, los agentes económicos tendrían la obligación de avisar la conclusión de dichas colaboraciones una vez que concluyera la contingencia o, de lo contrario, podrían ser investigados.

En línea con lo expuesto, para estos casos, los agentes económicos también tendrían la obligación de evaluar si las colaboraciones que se pretenden implementar constituyen una concentración para efectos de la legislación de competencia que, en caso de rebasar los umbrales monetarios en ella establecidos, estaría sujeta a obtener la autorización dentro del procedimiento ordinario de revisión de concentraciones. Es cuestionable que la implementación de esta medida tenga bases legales, colocándola en riesgo de ser invalidada en instancias judiciales. En particular, la imposición a cargo de los regulados de someterse a un procedimiento obligatorio (implementado a través de un comunicado) resulta debatible. Por otro lado, el comunicado no fue claro en señalar cómo se tramitaría este procedimiento expedito, la información que podría ser requerida, o las condiciones o salvaguardas que, en su caso, podrían imponerse.

Este escenario de incertidumbre jurídica pudo haber desincentivado a las empresas para llevar a cabo este tipo de colaboraciones que pudieran resultar útiles en el contexto de la crisis sanitaria,

tanto por el riesgo de ser investigados en un futuro en caso de que la colaboración no se autorice (por consideraciones de objeto), o bien que un tercero cuestione este tipo de acuerdos ante los órganos jurisdiccionales competentes. De hecho, a la fecha, no se ha hecho público ningún acuerdo de colaboración aprobado por Cofece, aunque tampoco es claro si este tipo de acuerdos serían públicos como lo son en otras jurisdicciones.

Es importante aclarar que estas observaciones no pretenden desconocer la proactividad y esfuerzo de la autoridad de competencia en México para reaccionar ante una situación extraordinaria. Por el contrario, el objetivo es replantearnos la necesidad de contar con mayor claridad sobre el tratamiento de acuerdos de colaboración entre competidores que ha resultado incluso aún más evidente durante la emergencia sanitaria.

C. Propuestas de alternativas

En el presente apartado exponemos algunas propuestas que consideramos podrían atender la problemática identificada, consistente en contar con mayor claridad sobre el tratamiento de acuerdos de colaboración entre competidores en México para evitar desincentivar este tipo de prácticas que podrían tener efectos procompetitivos.

1. Guía sobre Acuerdos de Colaboración entre Competidores

En primer lugar, consideramos como punto de partida importante retomar la iniciativa de emitir un instrumento con lineamientos claros y objetivos que permitan minimizar posibles anticompetitivos en el diseño e implementación de colaboraciones entre competidores, pero que al mismo tiempo permitan e incentiven la generación de estos acuerdos que puedan traer beneficios para los consumidores. Como se señaló, en años anteriores la autoridad de competencia en México sometió a consulta pública un anteproyecto de Guía sobre Acuerdos de Colaboración entre Competidores, el cual posteriormente fue abandonado.

Algunos de los elementos que hemos analizado en esta sección y que sugeriríamos fueran reflejados en este instrumento (como se propuso en el anteproyecto) son los siguientes:

- a) Objetivo y alcance de los acuerdos de colaboración.
- b) Explicación de elementos para analizar si un acuerdo de colaboración puede configurar como una concentración que deba ser autorizada previo a su implementación.

- c) Explicación detallada tanto de los posibles efectos procompetitivos y anticompetitivos de este tipo de colaboraciones.
- d) Marco analítico aplicable a los acuerdos de colaboración (*i.e.* criterios que serían considerados por la autoridad en el análisis de estos acuerdos).
- e) Ejemplos de colaboraciones detallando posibles riesgos anticompetitivos que contribuyan a mejorar su diseño; entre otros.

Un punto importante es que este tipo de instrumentos se someten a consulta pública, lo cual permitiría a los agentes económicos y demás instituciones del sector privado exponer su perspectiva y sus propuestas con la finalidad de enriquecer el contenido de esta guía.

2. Mecanismos existentes en la legislación de competencia: orientaciones generales

En el apartado anterior señalamos que el procedimiento expedito de revisión de acuerdos de colaboración implementado por la autoridad de competencia con motivo de la pandemia por COVID-19 podría ser cuestionado, pues su soporte legal no quedaba del todo claro. Una alternativa podría ser utilizar mecanismos que ya están previstos en el ordenamiento jurídico, de manera que exista mayor certeza sobre su validez y tramitación.

En ese sentido, de manera complementaria al punto anterior, se destaca que la legislación en materia de competencia en México actualmente prevé la posibilidad de que los agentes económicos regulados, e incluso otras autoridades, soliciten a la autoridad orientación general en relación con la aplicación de dicha Ley. Este procedimiento inicia con una solicitud (cuyo contenido mínimo está detallado en las Disposiciones Regulatorias de la LFCE) (Cofece, 2020b) y concluye con una orientación general que no tiene carácter vinculante.

Desde nuestro punto de vista, este procedimiento podría utilizarse como el mecanismo expedito³ que se pretendió implementar durante la contingencia por COVID-19, no solamente durante este contexto sino también en adelante. En efecto, si bien las orientaciones generales no constituyen una autorización (como lo sería el caso, por ejemplo, del procedimiento de concentraciones) sí permitiría a los particulares contar con mayor certeza

za jurídica sobre la viabilidad de los acuerdos de colaboración que pretendan implementar desde el punto de vista de competencia, lo cual podría incentivar su realización.

Si esta alternativa se implementa en conjunto con el instrumento de orientación expuesto en el apartado anterior, se esperaría que este mecanismo se utilice en aquellos casos complejos en los cuales continúan existiendo dudas sobre la compatibilidad de los acuerdos con los principios de competencia.

Finalmente, este procedimiento actúa como un mecanismo de comunicación entre la autoridad y el regulado, que permitiría una mayor interacción bajo reglas claras y previamente establecidas. Desde nuestro punto de vista, esta alternativa permitiría incentivar la implementación de este tipo de acuerdos que podrían generar efectos procompetitivos en los mercados.

IV. CONCLUSIONES

Parte del crecimiento y desarrollo de una rama jurídica implica experimentar con situaciones de crisis que la transformen y fortalezcan. En el caso de México, la crisis económica mundial que ha traído la pandemia por COVID-19 nos ha permitido reflexionar sobre diversas necesidades en el derecho de la competencia que, si bien existían previo a esta situación, se acentuaron con motivo de esta. Por ello, consideramos que la coyuntura representa una oportunidad para replantear y reforzar diversas cuestiones, en particular, la interacción con otros reguladores y el tratamiento de acuerdos de colaboración entre competidores.

Como se explica en este trabajo, las autoridades de competencia necesitan demostrar su relevancia y la importancia de seguir las reglas del juego para que el mercado funcione adecuadamente. Existe un alto riesgo de sobre intervención estatal que deje daños permanentes en los mercados. Esta situación reforzó la necesidad de contar con un mecanismo adecuado que permita fortalecer las atribuciones de la autoridad de competencia para reducir riesgos de intervenciones estatales que incluyan obstáculos regulatorios. Por ello, se propone adicionar a la legislación de competencia un mecanismo que permita exigir a la autoridad de competencia una justificación por parte de los reguladores que decidan no acatar sus recomendaciones.

³ El plazo previsto para que la autoridad emita una orientación general es de hasta 30 días hábiles (prorrogables hasta por una ocasión en situaciones complejas) contados a partir de que se considere recibida la información necesaria para dicho propósito.

Por otro lado, un tema que también se acentuó durante la crisis por COVID-19 fue el tratamiento de los acuerdos de colaboración entre competidores. En respuesta a la emergencia sanitaria, la autoridad de competencia en México propuso un mecanismo de notificación obligatoria de colaboraciones entre competidores; no obstante, el sustento legal de esta medida es debatible, lo cual podría haber desincentivado su uso.

Desde nuestra perspectiva, es crítico contar con un instrumento que permita a los agentes económicos realizar una autoevaluación de colaboraciones que pretendan poner en marcha y que podrían generar eficiencias importantes para los consumidores, como se observó en esta coyuntura. Por ello, se propone retomar el proyecto de emitir una guía sobre el tratamiento a acuerdos de colaboración, así como promover el uso de un procedimiento ya existente en la legislación mexicana para orientar a los particulares cuando existan dudas específicas sobre su compatibilidad con los principios de competencia. Esto permitiría minimizar posibles riesgos anticompetitivos y, simultáneamente, incentivar la generación de acuerdos que sean deseables para los mercados.

La coyuntura actual presenta la necesidad de contar con autoridades creativas que vean alternativas para el logro de los objetivos regulatorios y la aplicación de la legislación de competencia en beneficio del proceso de competencia. 📌

REFERENCIAS

Comisión Federal de Competencia Económica [Cofece] (2020a). *COFECE interpone controversia constitucional contra la emisión de la Política de confiabilidad, seguridad, continuidad y calidad en el Sistema Eléctrico Nacional*. <https://www.cofece.mx/cofece-interpone-controversia-constitucional-contra-la-emision-de-la-politica-de-confiabilidad-seguridad-continuidad-y-calidad-en-el-sistema-electrico-nacional/>

(2020b). *Competencia Económica en tiempos de Covid-19*. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/04/ANADE-COVID.-VF.pdf>

(2020c). *Emite COFECE recomendaciones referentes al Acuerdo del CENACE*. Comisión Federal de Competencia Económica. <https://www.cofece.mx/emite-cofece-recomendaciones-referentes-al-acuerdo-del-cenace/>

(2020d). *Postura de la COFECE en términos de la aplicación de la Ley de Federal de Competencia Económica ante la emergencia sanitaria*.

<https://www.cofece.mx/postura-cofece-ante-emergencia-sanitaria/>

(2020e). *Propuestas en materia de competencia económica para contribuir a la reactivación de la economía mexicana*. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/10/reactivacion.pdf>

(2020f). *Respuesta a preguntas relacionadas con el comunicado COFECE-012-2020*. <https://www.cofece.mx/respuesta-a-preguntas-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/>

Comisión Europea (2020). *Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak*. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0408\(04\)&from=en](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0408(04)&from=en)

Competition and Markets Authority [CMA] (2020). *CMA approach to business cooperation in response to COVID-19*. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/875468/COVID-19_guidance_.pdf

European Competition Network [ECN] (2020). *Antitrust: Joint Statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis*. https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf

International Competition Network [ICN] (2020). *ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic*. <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>

Lozano Meade, G (2020). Los hábitos del consumidor no volverán a ser los mismos después del COVID-19. *EY*. https://www.ey.com/es_mx/covid-19/habitos-del-consumidor

Organización para la Cooperación y Desarrollo económicos [OECD] (2009). *Competition and the Financial Crisis*. <https://www.oecd.org/competition/sectors/42538399.pdf>

(2020). *Competition policy actions for governments and competition authorities*. <https://www.oecd.org/daf/competition/COVID-19-competition-policy-actions-for-governments-and-competition-authorities.pdf>

Palacios Prieto, A., & López Rodríguez, S. (2020). *Competencia económica en tiempos de COVID-19* [presentación]. Cofece. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/04/ANADE-COVID.-VF.pdf>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Acuerdo para garantizar la eficiencia, Calidad, Confiabilidad, Continuidad y seguridad del Sistema Eléctrico Nacional, con motivo del reconocimiento de la epidemia del Covid-19 del Centro Nacional de Control de la Energía, de 29 de abril de 2020.

Acuerdo por el que se emite la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional de la Secretaría Nacional, de 15 de mayo de 2020.

Comisión Federal de Competencia Económica [Cofece] (2017). *Anteproyecto de la guía sobre acuerdos de colaboración entre competidores*, noviembre de 2017. <https://www.cofece.mx/conocenos/secretaria-tecnica-2/consultas-publicas/>

(2020g). *Anteproyecto de Modificación a la Guía para la Notificación de Concentraciones*. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/>

2020/10/ANTEPROYECTO-DE-MODIFICACION-A-LA-GUIA-PARA-LA-NOTIFICACION-DE-CNTs.pdf

Comunicación de la Comisión. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, 2011 O.J. (C 11) 1.

Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación [DOF], 10-11-2014, últimas reformas DOF 01-08-2019 (Méx.).

Federal Trade Commission (2020a). *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf.

(2020b). *Joint Antitrust Statement Regarding COVID-19*. https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1569593/statement_on_coronavirus_ftc-doj-3-24-20.pdf.

Ley Federal de Competencia Económica [LFCE], Diario Oficial de la Federación [DOF], 10-11-2014, últimas reformas DOF 04-03-2020 (Méx.).