

**Foro: Reformas a la Ley Federal de Competencia
Hotel Marriot Reforma, Ciudad de México**

7 de septiembre de 2010

Javier Nuñez Melgoza (Director General de Concentraciones CFC)
Amílcar Peredo (Socio Basham, Ringe y Correa)
Christian Lippert (Socio Galicia Abogados, S.C.)

Miguel Flores Bernés (MFB),
Comisionado de la CFC
(Moderador)

MFB	Introducción
MFB	¿Qué reformas vienen en la minuta aprobada por los diputados en materia de concentraciones? ¿Qué cambios existen respecto a la reforma a la LFCE de 2006?
JN	<p>Hubo grandes cambios con las reformas de 2006. Se estableció de manera más clara el procedimiento de revisión de concentraciones. Se actualizaron los umbrales (que eran demasiados bajos y generaban una sobrecarga de trabajo). Se definieron cuestiones territoriales a tomar en cuenta en el análisis de definición de mercado. El cambio en el vínculo territorial se refiere a los umbrales, la vieja Ley no aclaraba que la concentración, para ser notificable, debía realizarse respecto de activos ubicados en México. Mayor orden en la confidencialidad de la información que se recibe. También se logró que los plazos fueran en días hábiles, ya que antes eran días naturales.</p> <p>Asimismo, en las reformas a la LFCE de 2006 se introdujo el procedimiento simplificado plasmado en el artículo 21 bis.</p> <p>Sin embargo, la reforma de 2006 no profundizó en temas más conceptuales. Por ejemplo, qué concentraciones deben ser notificadas. No deben ser todas. Tenemos una carga muy elevada de trabajo y esta nueva reforma ayuda a que existan exenciones aplicables a diferentes operaciones que ya no serían notificables. También tenemos que publicar criterios técnicos para las concentraciones. Se busca simplificar (reducir costos regulatorios) y dar claridad. Se espera que alrededor de entre un 30% y 40% de las concentraciones ya no tendrían que ser notificadas, y también alrededor de 80% de expedientes que versan sobre reestructuras internas. En realidad se eliminarían la totalidad de las reestructuras previstas actualmente en el RLFCE. Esto generará una mejor asignación de los recursos.</p>
MFB	Efectivamente con las reformas de 2006 se creó el 21 bis, conocido como “fast track”. Este resultó un trámite más corto, pero no del todo exitoso. Con estas reformas se retoma este tema. ¿Qué opinión se tiene sobre este artículo, porque no es tan exitoso, las reformas propuestas solucionarán este problema?

AP	El espíritu del 21 bis era bastante sano porque se reducía mucha carga de trabajo. Pero aun así no ha sido del todo afortunado. Actualmente, yo recomiendo a mis clientes con reservas e, incluso, he llegado a no recomendar a los clientes este procedimiento para no generar falsas expectativas. Es muy complejo acreditar claramente cuál era el mercado relevante o el mercado relacionado y cómo es que participaba por primera vez. No es claro si el mercado tiene una dimensión geográfica nacional, internacional, TLCAN, o local. Al día de hoy, no resulta evidente si la notificación califica para 21 bis o no. Considero que las reformas no resuelven este problema. En la parte del control de empresas si quedaría muy claro, pero en el resto no.
MFB	En el artículo 26 del RLFCE se establecen los supuestos en los que no es necesario notificar en los términos de los artículos 20 y 21 de la LFCE. Sin embargo, al estar en Reglamento puede ser cuestionada su legalidad. Las reformas actuales “suben” a la Ley estos avisos e incluyen criterios específicos para la exención de notificación, como adquisiciones en la BMV, constitución de fideicomiso, etc.
CL	En la reforma del 2006, leído a <i>contrario sensu</i> , una transacción podría ser considerada nula si no se notificó a la CFC, y así ser un acto no convalidable. Ahora se establecen 8 exenciones, pero debes estar completamente seguro de que alguna de ellas realmente existe y que la operación no debe ser notificada, porque de lo contrario corres el enorme riesgo de la nulidad del acto, que se vuelve mucho más relevante que la imposición de la multa. Es demasiado arriesgado emitir opiniones legales para los clientes, ya que pudieran no ser completamente acertadas si hubo un ligero error u omisión en el análisis. No es fácil entonces distinguir, y esto puede dimensionarse en operaciones bursátiles. El efecto que más preocupa no es la sanción por extemporaneidad, si no que el acto sea nulo. Por ejemplo, fondo de inversión no está definido en la ley (fracción VII), además que siga propósitos “especulativos” no es muy claro, porque todos estos son así, especulativos.
MFB	¿Esto podría arreglarse a través de consultas a la CFC?
CL	No, creo que no ayudaría, porque las opiniones no son obligatorias o vinculatorias, y aun si pudieran servir como orientación, no puedes utilizarlas para argumentar porque no cumpliste con una obligación legal.
AP	Además por tiempos de los clientes, es mejor irse “a la segura” y notificar vía el artículo 20 de la LFCE.
MFB	Qué opinión tienen sobre conceptos como influencia significativa, control, ¿esto es un avance o retroceso?
JN	La emisión de criterios técnicos puede ayudar para que sean más claros los casos. Los conceptos de control e influencia significativa no existen en la LFCE, no hay definiciones claras. Se discutieron mucho estos temas desde el Reglamento de la LFCE reformada en el 2006, pero nunca se alcanzó un consenso. Ahora la iniciativa retoma el concepto de control inspirado en la Ley del Mercado de valores, pero fue mejor que no refiriera directamente a esta ley

	sino que incluyera su propio concepto para abarcar lo que no cubre la propia Ley de Mercado de Valores.
MFB	Se podrían emitir criterios por parte de la CFC en este tema. ¿Cuáles consideran que serían los puntos más importantes que deberían contener estos criterios?
CL	<p>Hay muchas situaciones de la reforma que se tendrán que arreglar en el reglamento, como el tema de la proporcionalidad de los activos, el tema del 98% de la participación. Además serán fundamentales los criterios de la CFC en materia de definición de mercados relevantes, porque hay muchas contradicciones en resoluciones de casos que son muy similares. La CFC debe ser mucho más consistente, para que haya uniformidad de decisiones.</p> <p>Básicamente se podrían definir estos puntos en dos vertientes. La primera, formal procedimental: reglas de la notificación (reestructura corporativa), supuestos de las 3 fracciones del artículo 20 de la LFCE, cálculo de umbrales, etc. Segundo, de fondo: criterios para definiciones de mercado relevante, resoluciones más documentadas, índices herfindahl y dominancia, más ahora que se vislumbra el concepto de poder sustancial conjunto, que seguramente dará muchos problemas.</p>
MFB	Por cierto, en Estados Unidos el Índice Herfindahl ahora es de 2,500 puntos, lo que posiblemente nos debería hacer revisar el nuestro. Pero volviendo al tema, ¿qué impacto creen que pudiera tener este concepto de poder sustancial conjunto en materia de concentraciones?
AP	En materia de concentraciones no preocupa el tema de poder conjunto. No encuentro un caso o ejemplo que pueda verse afectado. Tal vez solo los distribuidores o franquicias (alimentos), pero aun así no veo mucha preocupación. No obstante, en el caso de investigaciones de prácticas relativas sí va a ser muy compleja su aplicación.
JN	Coincido con Amílcar. Serían muy pocos los casos que se podrían presentar. Aun así, tanto la Ley y el Reglamento vigente le dan las herramientas para identificar un posible poder conjunto en materia de concentraciones. En la práctica ya se incorporan este tipo de consideraciones en el análisis de concentraciones, por lo que no cambiaría el sistema en el área.
MFB	Existe una crítica en el recién documento exhibido por CEEY, en el mismo se dice que se debe incorporar el derecho de terceros que resulten afectados por una concentración para manifestar lo que a su derecho convenga, dado que actualmente carecen de interés jurídico para participar en los procedimientos o impugnar dicha aprobación. ¿Qué opinan al respecto?
AP	No creo que sea buena la participación de terceros en la notificación de concentraciones. No entiendo bien cuál es el propósito. En la práctica se podría complicar. ¿Cómo se podría asegurar que la CFC no será utilizada como una herramienta de presión cuando no puedes ganarle al competidor en el mercado? ¿Cómo sabes que su interés es legítimo? Para eso ya está la CFC, como órgano revisor y en ese sentido es quien está facultada para resolver. Podrían existir problemas de violación a la confidencialidad que pudieran afectar inclusive el valor accionario de la empresa.

CL	Los procedimientos ante la CFC no tienen como propósito proteger el interés particular. La CFC es quien debe llevar los procedimientos y escuchar a cualquier tercero que quiera manifestar algo. Puede ser bueno que haya más transparencia pero que sería cuestionable hacer público que se está revisando determinada concentración por la información confidencial que se maneja. Y finalmente la CFC es la encargada de vigilar que la concentración no afecte a competidores o a consumidores; es decir, ese interés ya está cubierto por la norma.
JN	Sí existiría un problema grave en ese sentido. La evidencia empírica sugiere que cuando existe una queja por parte del competidor, es normalmente porque la concentración fortalecerá al nuevo competidor que resulte de esta operación, por lo que normalmente no es auténtica la afectación que demandan. Sin embargo, en el caso de que fuera el consumidor el que acudiera, el razonamiento sería diferente, ya que él es el que se podría ver realmente afectado. Pero por motivos de confidencialidad no se puede divulgar nada durante el análisis de una operación, esto podría resultar en una afectación grave a los involucrados. Sin embargo, se les aclara a los demandantes que si bien presentar un escrito contra una concentración no les da el carácter de parte en el procedimiento, sí se toma en cuenta por la CFC la información que aportan.
MFB	Entonces, podríamos concluir que en ese sentido el CEEY estaría equivocado.
CL	Quisiera agregar que ni las medidas cautelares, ni el aumento en las sanciones son suficientes si la CFC no tiene el presupuesto suficiente. Se necesita un mayor <i>staff</i> para generar una Comisión más robusta. Sé que es muy complicado revisar aproximadamente 20 concentraciones al mes con solo 6 personas en el área.
Víctor Pavón-Villamayor, del Grupo de Economistas y Asociados	Pregunta si consideran adecuados los umbrales que establece la Ley en la notificación de concentraciones.
JN	No hay umbrales óptimos. Dependen de la economía de cada país, de la capacidad institucional que se tenga. Los umbrales están alineados con los de Estados Unidos, es competitivo con otras jurisdicciones internacionales.
MFB	Pero estos umbrales son difíciles de entender.
JN	En otros países es aún peor.
AP	Coincido con JN. En otros países inclusive toman como referente las participaciones de mercado, pero esto es mucho más difícil ya que ¿cuál sería el mercado?
MFB	Se cierra este panel agradeciendo a los participantes.