

SOCIOS EN EL SECTOR

 Fernanda Garza
 Socia


BOLETÍN BIMESTRAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA
SEPTIEMBRE – OCTUBRE
No.5/2023
COFECE impone sanción por una cláusula de no competencia delimitada incorrectamente en el mercado de equipos para gases industriales.

El 24 de agosto de 2023, el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE”) emitió la resolución en la investigación número IO-001-2021 en la cual determinó imponer una sanción por un monto de \$2,604,244.00 M.N. a Equipos para Gas, S.A. de C.V. (“EGSA”), Gas Tecnología y Equipos, S.A.P.I. de C. V. (“Gastek”), así como a Luis Miguel González Urzúa (“Luis González”) y Miguel Alejandro González Vázquez (“Miguel González”), actuando en representación de Gastek y Víctor Hugo Caporal Villaseñor (“Víctor Caporal”), actuando en representación de EGSA, por incurrir en la realización de prácticas monopólicas absolutas en el mercado de integración, instalación, mantenimiento y comercialización de equipos, accesorios y refacciones para el aprovechamiento de gases industriales en territorio nacional (“Mercado Investigado”).

Lo anterior, en virtud de que los agentes económicos referidos celebraron un Convenio de No Competencia el 20 de julio de 2017, a través del cual se obligaron a no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringida de servicios. El Pleno de la COFECE consideró que dicha conducta actualizó la práctica monopólica absoluta prevista en el artículo 53, fracción II de la Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”).

De acuerdo con la resolución, el 20 de julio de 2017, Luis González y Miguel González, actuando en representación de Gastek fueron citados en las oficinas de EGSA, para la firma de los Contratos de Compra de Acciones. Sin embargo, en lugar de firmar los Contratos de Compra de Acciones, en esa fecha celebraron un Convenio de No Competencia entre Gastek y EGSA; y fue hasta los días 5 y 14 de octubre de 2017 que suscribieron los Contratos de Compra de Acciones.

Mediante el Convenio de No Competencia, EGSA, a través de Víctor Caporal, pactó con Luis González y Miguel González, que estos dos últimos, directa o indirectamente a través de personas físicas o morales, así como sus ascendientes y descendientes en línea recta directa sin límite de grado y parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, debían abstenerse de realizar cualquier actividad o giro comercial igual o similar a todas las actividades comprendidas en el objeto social de EGSA, por un periodo de 10 años contados a partir de la fecha de celebración del Convenio de No Competencia.

La conducta estuvo vigente desde el 20 de julio de 2017, fecha en la que se celebró el Convenio de No Competencia hasta el 20 de febrero de 2018, fecha en la que Luis González y Miguel González presentaron una demanda que dio origen a un juicio ordinario mercantil en el cual exigían la nulidad del Convenio de No Competencia.

La LFCE permite que en la realización de una operación las partes tengan la posibilidad de pactar una cláusula para proteger el valor del negocio que adquiere el comprador, comúnmente conocida como “cláusula de no competencia”. No obstante, este tipo de cláusulas, deben de estar delimitadas en cuanto a las personas, productos, zonas geográficas, temporalidad y las mismas deben estar estrechamente relacionadas con la operación que buscan proteger y la limitación debe ser proporcional y necesaria para la protección del negocio. En el supuesto de que la “cláusula de no competencia” no esté estrechamente relacionada con la operación que pretende proteger y los términos de la misma no sean estrictamente necesarios para conseguir dicha finalidad se consideran ilegales.

La COFECE determinó que el Convenio de No Competencia no cumple con los parámetros para ser considerado como una cláusula de no competencia válida en términos de la LFCE y la Guía para la Notificación de Concentraciones. Lo anterior, en virtud de que el Convenio de No Competencia no estaba directo ni estrechamente vinculado, ni era indispensable ni proporcional para la realización de los Contratos de Compra de Acciones celebrados entre EGSA y Gastek. En consecuencia, el Pleno de la COFECE resolvió que el Convenio de No Competencia no estaba permitido por la LFCE, y que este se traduciría en un arreglo entre competidores para reducir la oferta debido a que, por virtud del mismo, dos competidores se obligaron a no competir en el mercado, por lo que el Convenio de No Competencia constituía una práctica monopólica absoluta.

Un aspecto interesante de este caso es que, el Convenio de No Competencia fue objeto de un juicio ordinario mercantil. En primera instancia fueron declaradas nulas las cláusulas que imponían efectos restrictivos a terceras personas, es decir, ascendientes y descendientes en línea recta directa sin límite de grado, los cónyuges, nueras, yernos y parientes por consanguinidad hasta el segundo grado y los parientes por afinidad hasta el segundo grado. El resto del Convenio fue declarado válido, legal, eficaz y vinculante.

Inconformes con dicha sentencia, las personas físicas sancionadas por la COFECE interpusieron un recurso de apelación. Mediante la sentencia dictada en segunda instancia el órgano judicial declaró la nulidad absoluta del Convenio de No Competencia. Asimismo, señaló que la sentencia dictada no modifica el procedimiento seguido en forma de juicio, en el que se imputó la probable comisión de una práctica monopólica absoluta en términos de la LFCE.

La COFECE determinó que el Convenio de No Competencia constituyó una restricción respecto de la oferta total disponible en el Mercado Investigado, puesto que EGSA y Gastek limitaron o restringieron la oferta para los demandantes de los productos y servicios en virtud del mismo. La COFECE advirtió que, durante la temporalidad señalada, EGSA ofrecía una menor cantidad de bienes y obtenía un margen de utilidad más alto. Al finalizar el cumplimiento del Convenio de No Competencia por Gastek, la oferta de bienes en el mercado se incrementó, y disminuyó el margen de utilidad de EGSA.

SEPTIEMBRE

COFECE identifica barreras a la competencia en el procesamiento de pagos con tarjeta.

Tras la suspensión de este procedimiento de 2020 a 2022 debido a la pandemia por SARS-COV 2 (“COVID -19”) y que el Pleno de la COFECE se encontraba incompleto, finalmente el 14 de septiembre de 2023, la COFECE hizo pública su resolución respecto de la existencia de barreras a la competencia en el mercado de procesamiento de pagos con tarjetas operado por las Cámaras de Compensación para Pagos con Tarjeta (“Cámaras de Compensación”), dentro del expediente IEBC-005-2018.

Actualmente en México este mercado opera como si existiera una sola red en la que se interconectan únicamente dos cámaras de compensación: E-Global y Prosa, a pesar de existir otros agentes económicos con permisos para operar. Sus servicios están regulados en la Ley de Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros, la Circular 4/2014: Reglas para la organización, funcionamiento y operación de Cámaras de Compensación para pagos con tarjetas, emitida por el Banco de México (“Banxico”) (la “Circular 4/2014”) y las Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Redes de Medios de Disposición.

En su resolución, la COFECE determinó que en el mercado de servicios de procesamiento de pagos con tarjeta realizados por las cámaras de compensación existen importantes barreras a la competencia y libre concurrencia que contribuyen a la exclusión de los grupos más vulnerables, así como micro, pequeñas y medianas empresas del sistema financiero, debido, entre otros motivos al pago de altas comisiones.

A continuación, se detallan las barreras identificadas por COFECE, así como las recomendaciones y órdenes emitidas al respecto:

Barrera 1. La normatividad vigente relacionada con la operación y funcionamiento de los servicios de pago con tarjeta se acuerdan entre los participantes actuales, lo que les genera ventajas y desincentiva la entrada de nuevos competidores.

La normatividad vigente constituye una barrera a la competencia pues permite que las reglas para la operación y funcionamiento de los servicios de pagos con tarjeta, así como las condiciones de interconexión entre Cámaras de Compensación, redes y el mecanismo de determinación de cuotas de intercambio, sean acordadas por E-Global y Prosa. Lo anterior les genera a dichas empresas importantes ventajas y desincentiva la entrada de nuevos competidores.

Según la COFECE, el establecimiento de reglas claras y objetivas fomentará la competencia entre distintas redes y no pondría en desventaja a entrantes, lo cual es indispensable para que existan condiciones de competencia en el mercado y en mercados relacionados.

Barrera 2. Existen disposiciones regulatorias que impiden el acceso de potenciales nuevos competidores en el mercado.

El Pleno de la COFECE consideró que ciertas reglas de la Circular 4/2014 impiden el acceso de potenciales nuevos competidores en el mercado pues traslada a los participantes existentes la regulación que originalmente le corresponde a Banxico, lo que ha tenido el efecto de impedir el ingreso de nuevos competidores en el mercado.

Asimismo, la COFECE detectó que las Cámaras de Compensación cuentan con la masa crítica de emisores y adquirentes; y, por lo tanto, la entrada y expansión de una Cámara de Compensación en el mercado requiere, necesariamente, de interoperar transacciones con ambos incumbentes y es necesario que se enlace o interconecte. Es relevante la existencia de costos elevados para el enlace con las Cámaras de Compensación de la red existente, los cuales se sustentaron en largos periodos de autorización para Cámaras de Compensación entrantes y requerimientos poco competitivos para realizar el enlace entre las Cámaras de Compensación.

Barrera 3. La copropiedad de los bancos en las Cámaras de Compensación podría facilitar comportamientos coordinados en el mercado.

El Pleno consideró que la copropiedad de los bancos en las Cámaras de Compensación por parte de agentes económicos que son competidores entre sí en mercados relacionados constituye una característica estructural del mercado que podría facilitar posibles comportamientos coordinados en mercados relacionados de emisión y adquirencia.

Lo anterior debido a que el Consejo de Administración de las Cámaras de Compensación constituye un enlace estructural entre agentes económicos competidores al establecer un canal de comunicación frecuente entre ellos.

Asimismo, se identificó que los accionistas de las Cámaras de Compensación designan como consejeros de administración a directivos de alto rango de sus propios bancos, con funciones relacionadas a sus actividades como emisores y adquirentes, es decir, en mercados relacionados en donde son competidores.

En este sentido, la COFECE confirmó que la Circular 4/2014 es deficiente y no resuelve riesgos a la competencia, ya que no prevé mecanismos para reducir ni eliminar las condiciones que faciliten una posible colusión entre bancos accionistas, y, por lo tanto, tampoco establece protocolos que inhiban un posible intercambio de información competitivamente sensible.

Recomendaciones a Banxico y CNBV respecto de la Barrera 1:

- 1.Modificar la normativa aplicable con la finalidad de que ambas instituciones garanticen la interoperabilidad de las redes de pago con tarjeta;
- 2.Emitir la regulación necesaria para garantizar la interoperabilidad de aquellas operaciones que requieren la partición de dos o más redes abiertas de pagos con tarjeta;
- 3.Modificar la normativa aplicable para limitar el número máximo de cuotas de intercambio para cada giro comercial;
- 4.Modificar la fórmula de balanceo vigente para el cálculo de la cuota de intercambio máxima.

Recomendación a Banxico respecto de la Barrera 2:

Eliminar o modificar la normatividad aplicable para permitir a los participantes de la red abierta la elaboración de las Cámaras de Compensación, así como establecer tiempos máximos y requisitos de enlace de los sistemas de procesamiento entre éstas.

Recomendaciones y órdenes respecto de la Barrera 3:

Recomendación de COFECE a Banxico y CNBV: Analizar la necesidad de regular los requisitos de elegibilidad de los miembros del Consejo de Administración de las Cámaras de Compensación para evitar que su posición en algún emisor, adquirente, agregador, titular de marca u otra Cámara de Compensación afecte su desempeño.

Recomendaciones de COFECE a Banxico:

1.Modificar la normatividad aplicable para establecer reglas sobre el tratamiento de información que generan la Cámaras de Compensación.

2.Autorizar la modificación de los estatutos sociales de E-Global y Prosa, según se detallará a continuación.

Orden a E-Global y Prosa: Diseñar, implementar y difundir entre su personal y accionistas un programa de cumplimiento de la LFCE.

Orden a E-Global, Prosa, Controladora Prosa, S.A. de C.V., Banco Santander México, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Santander México, BBVA México, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero BBVA México, Banco Nacional de México, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Banamex; BBVA México, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero BBVA México; Grupo Financiero Citibanamex, S.A. de C.V., HSBC México, S.A., Institución de Banca Múltiple y Grupo Financiero HSBC: Designar dentro de E-Global y Prosa, respectivamente, un cargo de Oficial de Cumplimiento en materia de competencia económica, el cual deberá dar seguimiento al Programa de Cumplimiento respectivo.

La COFECE, la División Antimonopolios del Departamento de Justicia de Estados Unidos y el Buró de Competencia de Canadá lanzaron una iniciativa conjunta para garantizar la competencia económica en el marco de la Copa Mundial de la FIFA 2026.

El 22 de septiembre de 2023, la COFECE anunció una colaboración conjunta con la División Antimonopolios del Departamento de Justicia de Estados Unidos y el Buró de Competencia de Canadá en el contexto de la Copa Mundial de la FIFA 2026. Esta iniciativa tiene como objetivo identificar y combatir posibles prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por empresas y personas que estén relacionadas con la provisión de bienes y servicios relacionados con la Copa Mundial de la FIFA 2026.

Los partidos de la Copa Mundial 2023 se llevarán a cabo en Estados Unidos, México y Canadá, con 11 ciudades en Estados Unidos, 3 en México y 2 en Canadá. Se anticipa que este evento generará beneficios en una amplia variedad de sectores económicos, como la construcción, el entretenimiento y el turismo.

La COFECE manifestó que tendrá un papel activo durante la Copa Mundial 2023 al promover políticas de competencia económica, supervisar constantemente los mercados e investigar y sancionar posibles prácticas anticompetitivas. Esto incluye la vigilancia de comportamientos como la fijación de precios o salarios, la manipulación de licitaciones, la división de mercados o cualquier acción que tenga como objetivo desplazar o impedir el acceso de otras empresas a estos mercados.

COFECE emplaza a diversos agentes económicos por posibles prácticas monopólicas relativas en el mercado del mezcal.

El 27 de septiembre de 2023, la COFECE anunció haber emplazado a una persona moral y una persona física por la probable comisión de prácticas monopólicas relativas en el mercado de *“la evaluación de la conformidad de la bebida alcohólica denominada mezcal”*, en la investigación tramitada bajo el número de expediente DE-050-2019, la cual concluyó el 22 de mayo de 2023.

Como contexto, los Organismos de Evaluación de la Conformidad llevan a cabo un procedimiento técnico llamado *“evaluación de la conformidad”* con el objetivo de garantizar la calidad y cumplir con las especificaciones físicas y químicas del mezcal. Esta evaluación se encarga de verificar que se cumplen los requisitos específicos aplicables a un producto, proceso, sistema, individuo u organismo antes de que ingresen al mercado.

La COFECE identificó evidencia que sugiere que los agentes económicos emplazados podrían haber incurrido en una práctica anticompetitiva al negarse de manera unilateral a vender, comercializar o proporcionar un servicio que normalmente está disponible y se ofrece a terceros.

Con este emplazamiento inicia la etapa del procedimiento seguido en forma de juicio tramitado por la COFECE. Los probables responsables podrán manifestar lo que a su derecho convenga y ofrecer pruebas. En caso de comprobarse la existencia de una práctica monopólica relativa, la persona moral responsable podría ser sancionada con multas de hasta el 8% de sus ingresos. Por su parte, la persona física que hubiere participado en la representación de un agente económico responsable podría ser sancionado con hasta 5 años de inhabilitación para ejercer como directivo de la sociedad, así como con multas administrativas.

OCTUBRE

COFECE emplaza a una empresa multinacional por la probable comisión de prácticas monopólicas relativas en el mercado de tiendas de autoservicio.

El 9 de octubre de 2023, la COFECE anunció haber emplazado a una empresa por la probable comisión de prácticas monopólicas relativas en el mercado de abastecimiento y distribución de bienes de consumo por las cadenas de tiendas de autoservicio en territorio nacional, tramitada bajo el número de expediente IO-002-2020.

La COFECE identificó evidencia que sugiere que el agente económico emplazado podría haber incurrido en una práctica anticompetitiva al existir una probable fijación vertical de precios, lo que se clasifica como una práctica monopólica relativa.

Con este emplazamiento inicia la etapa del procedimiento seguido en forma de juicio tramitado por la COFECE. El probable responsable podrá manifestar lo que a su derecho convenga y ofrecer pruebas. En caso de comprobarse la existencia de una práctica monopólica relativa, el responsable podría ser sancionado con multas de hasta el 8% de sus ingresos.

COFECE investiga el mercado de la comercialización de avisos inmobiliarios clasificados y mercados relacionados en México.

El 10 de octubre de 2023, la Autoridad Investigadora de la COFECE publicó en el Diario Oficial de la Federación el inicio de la investigación de oficio, tramitada bajo el número de expediente IO-001-2023, por la posible realización de una concentración ilícita en el mercado de la comercialización de avisos inmobiliarios clasificados, así como actividades, bienes y/o servicios relacionados en México.

La COFECE señaló la relevancia que tiene esta investigación debido a que la construcción y los servicios inmobiliarios representaron el 17.7% del Producto Interno Bruto entre 2017 y 2020, además de tener un crecimiento del 5.5%, según los datos del Sistema de Cuentas del Instituto Nacional de Estadística y Geografía en 2020.

Este mercado forma parte de los sectores prioritarios para la COFECE en su Plan Estratégico 2022-2025 por su importante impacto en el bienestar de la población y la economía mexicana.

En caso de comprobarse la realización de la concentración ilícita, los agentes económicos responsables podrían ser sancionados con multas de hasta el 8% de sus ingresos y COFECE podría ordenar la desconcentración total o parcial de la sociedad.

Como parte de sus herramientas de investigación, la COFECE puede requerir información por escrito, así como citar a comparecer a personas físicas que tengan relación con este mercado. En términos de la LFCE, los agentes económicos que sean requeridos tienen obligación de proporcionar la información solicitada por la autoridad.

El anuncio de esta investigación abre la posibilidad de que cualquier agente económico que participe en el mercado investigado tenga la posibilidad de formar parte de la investigación y proporcionar los elementos que estime convenientes.

COFECE objeta concentración en el sector turístico de Quintana Roo.

El 24 de octubre de 2023, el Pleno de la COFECE anunció haber objetado la concentración, tramitada bajo el número de expediente CNT-107-2022, entre Ejecutivos de Turismo Sustentable, S.A. de C.V. (“Ejecutivos de Turismo”), Triton Investments Holdings LLC (“Triton”), Controladora Dolphin, S.A. de C.V. (“Controladora Dolphin”, y junto con Ejecutivos de Turismo y Triton, los “Compradores”), Ventura Entertainment, S.A.P.I. de C.V. (“Ventura Entertainment”), y Venturalive, S.A.P.I. de C.V. (“Venturalive”, y junto con Ventura Entertainment, los “Vendedores”), en los términos propuestos por dichas empresas ya que representaba altos riesgos a la competencia en el mercado de servicios de entretenimiento en delfinarios. No obstante, fue autorizada parcialmente por lo que hace a los servicios ofrecidos en parques acuáticos, de diversiones y de aventuras.

La operación notificada consistía en la intención de Ejecutivos de Turismo y Triton de adquirir: (i) dos parques de aventuras y un parque acuático ubicados en Quintana Roo; (ii) un parque de diversiones en Jalisco; y (iii) cinco delfinarios ubicados en Quintana Roo, tres de los cuales (“Dolphinaris Cancún”, “Dolphinaris Tulum” y “Dolphinaris Riviera Maya”) se encuentran bajo el control de Controladora Dolphin.

Los Compradores conforman un grupo de interés económico que participa en el sector turístico en México. En Quintana Roo, tienen siete delfinarios, un parque de aventuras y un operador de embarcaciones de turismo recreativo. Por lo tanto, participan en los mercados de entretenimiento en delfinarios y parques de aventuras en Quintana Roo.

El Pleno de la COFECE concluyó que la concentración tenía pocas probabilidades de afectar el proceso de competencia en los mercados de entretenimiento en parques de diversiones, acuáticos y de aventuras, ya que las participaciones de mercado cumplen con los criterios de la COFECE y no se advierten elementos adicionales que generen riesgos en dichos mercados. No obstante, la COFECE objetó la operación respecto al servicio de entretenimiento en delfinarios, debido a que la concentración implicaría la absorción por parte de los Compradores de un competidor con la capacidad de ejercer presión competitiva.

Además, la COFECE identificó varias barreras a la entrada en el mercado de entretenimiento en delfinarios, como la dificultad de desarrollar canales de comercialización, altos montos de inversión y restricciones normativas. El servicio de entretenimiento en delfinarios es una actividad altamente regulada, por lo que la COFECE no identificó nuevos competidores en el mercado ni que haya posibilidades de que el mercado crezca e incentive su entrada.

En términos de la LFCE, las empresas que participan en una concentración que ha sido objetada tienen la posibilidad de proponer condiciones que eliminen los riesgos al proceso de competencia generados por la misma. No obstante, los compromisos propuestos resultaron insuficientes para evitar los posibles riesgos identificados por la COFECE.

El Pleno de la COFECE resolvió solo autorizar la adquisición de parques de diversiones, acuáticos y de aventura, pero objetó la realización de la concentración por lo que hace a: (i) la adquisición del control por parte de los Compradores de los delfinarios Dolphinaris Cancún, Dolphinaris Tulum y Dolphinaris Riviera Maya; y (ii) la adquisición por parte de los Compradores de cualquiera de los cinco delfinarios ubicados en Cancún.

COFECE emplaza diversos agentes económicos por la probable comisión de prácticas monopólicas relativas en el mercado de oxígeno medicinal.

El 25 de octubre de 2023, la COFECE anunció haber emplazado a diversos agentes económicos por la probable comisión de prácticas monopólicas relativas en el mercado de producción, distribución y comercialización de oxígeno medicinal y servicios relacionados en el territorio nacional, tramitada bajo el número de expediente IO-001-2020.

La COFECE identificó evidencia que sugiere que los agentes económicos emplazados podrían haber abusado de su posición dominante del mercado, ya sea de manera conjunta o individual, por medio de la imposición de exclusividades en dicho mercado.

Este mercado forma parte de los sectores prioritarios para la COFECE en su Plan Estratégico 2022-2025 por su importante impacto en el bienestar de la población y la economía mexicana.

Con este emplazamiento inicia la etapa del procedimiento seguido en forma de juicio tramitado por la COFECE. El probable responsable podrá manifestar lo que a su derecho convenga y ofrecer pruebas. En caso de comprobarse la existencia de una práctica monopólica relativa, el responsable podría ser sancionado con multas de hasta el 8% de sus ingresos.

Atentamente

Fernanda Garza Magdaleno
Socia – Competencia Económica
fgarza@smps.com.mx

Priscila Barba Rivas
pbarba@smps.com.mx

Miriam Harari Masri
mharari@smps.com.mx

El presente Boletín Informativo contiene información de carácter general y no pretende incluir interpretación alguna de lo aquí comentado, por lo que no debe considerarse aplicable respecto de un caso particular o bajo circunstancias específicas.

La información aquí contenida es válida en la fecha de emisión de esta comunicación. Por lo anterior, recomendamos solicitar confirmación acerca de las implicaciones en cada caso particular al equipo de SMPS Legal.

AVISO LEGAL

©2023, SMPS LEGAL, S.C., DERECHOS RESERVADOS. AVENIDA PASEO DE LA REFORMA 509, PISO 18, COL. CUAUHTÉMOC, ALC. CUAUHTÉMOC, CIUDAD DE MÉXICO, 06500. El contenido de esta publicación (incluyendo el contenido y marcas) es propiedad de SMPS Legal, S.C. Se encuentra protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor, la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial y los Tratados Internacionales suscritos por México. Todo uso no autorizado del presente contenido por cualquier medio de reproducción ya sea de forma escrita, digital o impresa, será penalizado en términos de la legislación aplicable. Se prohíbe copiar, editar, reproducir, distribuir o cualquier otra forma de explotación, mediante cualquier medio, sin la autorización por escrito de SMPS Legal, S.C.