



VON WOBESER

E S G A R T I C L E S

Regulación de competencia: una herramienta poco convencional para impulsar las iniciativas ESG

Por: Fernando Carreño, *Socio*
Paloma Alcántara

Las iniciativas ESG surgen de la creciente concientización sobre los desafíos económicos, ambientales y sociales más grandes y complejos que enfrentamos a nivel global. La Agenda 2030 de las Naciones Unidas y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) incluyen la adopción de medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus impactos; alcanzar el uso sustentable y la conservación de la vida marina, la agricultura y los recursos naturales; garantizar el acceso a energía accesible, confiable, sustentable y moderna, así como, en general, asegurar patrones de producción y consumo sustentables.

Consecuentemente, las empresas han dirigido su atención al diseño de una economía circular y de estrategias sustentables. Sin embargo, no siempre se pueden alcanzar metas tan ambiciosas de manera individual y, en ocasiones, se requieren esfuerzos de industrias enteras o, al menos, de algunos de sus actores principales. Este fenómeno se puede traducir en un concepto polémico para la disciplina jurídica de Competencia Económica: la colaboración entre competidores.

En este artículo, destacamos cómo el desestimar las implicaciones de competencia económica en las iniciativas ESG puede resultar en complicaciones disruptivas e incluso ser un factor decisivo no solo para las industrias o agentes involucrados, sino también para los gobiernos y, por lo tanto, para comunidades enteras.

Por un lado, tenemos empresas que desarrollan estrategias ESG y deben ser conscientes de la importancia no solo de evaluar puntualmente los riesgos de competencia, sino también de llevar a cabo dicha evaluación de riesgos en el momento adecuado. Por otro lado, tenemos la responsabilidad del gobierno de brindar un entorno legal estable y seguro que permita y promueva la implementación efectiva de iniciativas empresariales que persigan metas de sustentabilidad, bajo un ambiente competitivo saludable.

En la actualidad, la Ley Federal de Competencia Económica mexicana no prevé una exención para los acuerdos de colaboración entre competidores que persigan retos grandes y complejos (cambio climático,

por ejemplo), ni un procedimiento especial vinculante de aprobación *ex ante* para tal fin. Lamentablemente, la única claridad que tenemos hoy en día es que la coordinación entre competidores con el objeto o efecto de restringir la competencia es una conducta altamente punible que incluso puede ser perseguida como delito. Las multas por colusión suman hasta el 10% de los ingresos anuales del agente, además de otras consecuencias legales y reputacionales.

El cumplimiento a las leyes de competencia económica es un factor crucial que las empresas deben incluir en la evaluación de riesgos de cualquier proyecto ESG -preferentemente, en una etapa temprana-. Al mismo tiempo, las empresas deben buscar constantemente la eficiencia y los comportamientos socialmente responsables en un mundo que enfrenta escasez de recursos. La regulación de competencia no debe representar un elemento disuasorio que sea decisivo para la ejecución del proyecto, especialmente considerando los beneficios que pueden aportar iniciativas ESG implementadas de manera eficiente y efectiva a todas las partes involucradas (desde reducciones de costos hasta la aceleración de procesos de investigación y desarrollo para beneficio ambiental y desarrollo de las comunidades, entre otros).

Desafortunadamente, debido a la falta de regulación sobre este tipo específico de colaboración para el bien común, el riesgo de en materia de competencia económica ronda estos proyectos, obligando a los participantes a permanecer en una incertidumbre constante o simplemente a abortar la idea de colaboración. El riesgo se intensifica cuando se introduce a la ecuación la noción de un informante. La alternativa que ofrece el programa de inmunidad puede poner en riesgo el curso de las interacciones, especialmente en industrias con entornos competitivos hostiles.

En el foro mexicano, las autoridades en materia de competencia económica comenzaron a considerar posturas más receptivas frente a los acuerdos de colaboración como medidas reactivas ante la crisis económica provocada por el COVID-19. La pandemia y su impacto masivo en el entorno

socioeconómico llevaron a los gobiernos a darse cuenta de que solo con reacciones de una magnitud equivalente a la de la pandemia era posible reactivar y equilibrar los mercados, creando así el escenario propicio para que las autoridades en materia de competencia económica reconsideren los beneficios e impactos que las sinergias entre competidores pueden representar. No debemos restarle importancia a la tracción provocada por esta crisis, que se puede aprovechar como una oportunidad para seguir impulsando el debate, ahora hacia un ángulo de sustentabilidad.

A pesar de la decisión de la COFECE de no seguir adelante con la publicación de la Guía sobre Acuerdos de Colaboración entre Competidores,¹ en abril de 2021 el regulador optó por incluir una pequeña sección sobre este tema en la Guía para la Notificación de Concentraciones,² en la cual se mencionan algunos parámetros para ponderar si una colaboración entre competidores debe considerarse como una operación notificable. Sin embargo, no debemos pasar por alto que las guías emitidas por las autoridades mexicanas en materia de competencia económica no son vinculantes y, por lo tanto, no constituyen un precepto legal que pueda ser utilizado como legislación vigente en defensa de casos futuros.

Las sinergias y la colaboración son esenciales para acelerar la innovación y la escala que permitan enfrentar los desafíos más grandes y complejos del mundo. Las políticas de ESG deben estar en la agenda de los gobiernos, reguladores, empresas, académicos y profesionales de competencia económica de todo el mundo. Los gobiernos y los reguladores deben trazar principios claros y una regulación bien definida que permita (si no es que promueva) cierto tipo de colaboración entre competidores para enfrentar retos mayúsculos como industria, mientras garantiza un

1 En noviembre de 2017, la COFECE inició un procedimiento de consulta pública del anteproyecto de Guía sobre Acuerdos de Colaboración entre Competidores.

2 La versión oficial en español más reciente de la Guía para la Notificación de Concentraciones está disponible en el siguiente vínculo del Diario Oficial de la Federación: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5615397&fecha=08%2F04%2F2021

entorno competitivo saludable en los mercados de bienes y servicios. Un ejemplo donde la colaboración es necesaria es la implementación de estrategias de economía circular y sustentabilidad que solo puedan funcionar con un esfuerzo conjunto de los agentes que conforman la industria. Mientras transitamos hacia a un entorno legal de mayor certeza jurídica, los practicantes enfrentaremos el desafío de brindar a nuestros clientes estrategias legales que mejoren

la viabilidad de sus proyectos y propicien su implementación, a partir de la mitigación de riesgos como el de competencia económica.

De las consideraciones anteriores se desprende la necesidad de evolucionar nuestro marco jurídico de competencia, para lo cual será fundamental que las compañías cuenten con asesoramiento jurídico multidisciplinario con una perspectiva ESG.

Para obtener información adicional sobre el tema de esta nota, favor de contactar a nuestros expertos:



Fernando Carreño, Socio:
+52 (55) 5258-1042
fcarreño@vwys.com.mx



César Martínez, Asociado:
+52 (55) 5258-1097
cemartinez@vwys.com.mx



Michel Llorens, Asociado:
+52 (55) 5258-1042
mllorens@vwys.com.mx



Mónica Cabeza de Vaca, Asociada:
+52 (55) 5258-1097
mcabezadevaca@vwys.com.mx

VON WOBESER Y SIERRA, S.C.
Ciudad de México, a 14 de octubre del 2021.

La información incluida en esta nota no constituye, ni pretende constituir, ni debe ser interpretada como asesoría legal sobre el tema o la materia aquí tratados. Por el contrario, esta nota tiene fines informativos de carácter general. Para obtener asesoría legal sobre un asunto en particular en relación con esta materia, favor de ponerse en contacto con alguno de nuestros abogados aquí mencionados.