

MEMORANDUM

13 de febrero de 2015.

Para: Comisión Federal de Competencia Económica.

De: Galicia Abogados, S.C.

Asunto: Opinión | Comentarios al Anteproyecto de los Criterios Técnicos para el Inicio de Investigaciones por Prácticas Monopólicas.

En virtud de la consulta pública llevada a cabo por la Comisión Federal de Competencias Económicas (la “COFECE” o “Comisión” de manera indistinta) referente al Anteproyecto de los Criterios Técnicos para el Inicio de Investigaciones por Prácticas Monopólicas (el “Anteproyecto”) a continuación presentamos una serie de comentarios referentes al contenido de dicho documento.

Para facilitar su revisión, los comentarios a continuación se realizarán siguiendo el orden propuesto en el Anteproyecto.

I. Objetivo del Anteproyecto.

Según lo dispuesto en el propio Anteproyecto su objetivo general es dar a conocer los criterios técnicos para el inicio de investigaciones por prácticas monopólicas, siendo sus objetivos específicos los siguientes:

- a. Explicar la interpretación de la Comisión respecto de los conceptos de “causa objetiva” e “indicio”;
- b. Explicar los mecanismos para iniciar una investigación por la posible comisión de prácticas monopólicas;
- c. Detallar los requisitos con los que debe contar una denuncia para ser admitida a trámite por la Autoridad Investigadora, y las circunstancias en las que se desechará o tendrá por no presentada; y
- d. Establecer los requisitos con los que deben contar las solicitudes preferentes que presente el Ejecutivo Federal.

Por lo que respecta al propósito general del Anteproyecto, consideramos que es útil y necesario para dar a conocer los criterios que empleará la Autoridad Investigadora al iniciar una investigación por prácticas monopólicas. Entendemos que el objetivo general es, por lo tanto, ahondar en la información ya disponible en la Ley Federal de Competencia Económica (la “LFCE” o la “Ley”) y a las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica (las “Disposiciones”) y, donde sea necesario, precisar o aclarar el contenido de dichos preceptos, con el fin de generar certeza sobre los mismos.

Estos criterios técnicos son especialmente relevantes en la medida en la que, conforme a lo dispuesto en la LFCE, las investigaciones de prácticas monopólicas pueden iniciarse a petición de

parte. Por ello, para propiciar el uso adecuado de los recursos de la Comisión, consideramos imperativo que los criterios técnicos sean detallados, claros e ilustrativos, para evitar así que la Comisión invierta tiempo y recursos en prevenciones innecesarias.

Los objetivos específicos se analizan en las distintas secciones a continuación.

II. Causa objetiva e indicios.

En esta sección del Anteproyecto se hace referencia al artículo 71 de la LFCE y recuerda que para iniciar una investigación por prácticas monopólicas se requerirá de una “causa objetiva”, que la propia LFCE define como un “indicio” de la existencia de dichas prácticas.

A continuación, dado que la Ley omite detallar a qué se refiere por “indicio”, el Anteproyecto adopta la siguiente definición jurisprudencial del término:

“es una circunstancia cierta de la que se puede sacar, por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia (o inexistencia) de un hecho a probar”¹

De la anterior definición, el Anteproyecto extrae los siguientes elementos esenciales:

- a) Certeza de circunstancias: Los indicios deben ser circunstancias ciertas, que deberán estar sustentados en algún medio de convicción fiable.
- b) Posibilidad de existencia: Para iniciar una investigación se requiere que se demuestre la posibilidad de la existencia de una conducta proscrita por la LFCE, y será durante la investigación cuando se determine la probable existencia de dicha conducta y la probable responsabilidad de quienes participaron en la misma.

Si bien la anterior explicación da elementos adicionales para entender a qué se refiere la Ley cuando habla de “indicio”, en la medida en la que la misma incluye términos imprecisos como “fiable” o “posible”, consideramos que sería de gran utilidad completar la definición con (i) un catálogo de medios de convicción considerados “fiables”, y (ii) un listado de circunstancias que la Comisión considere indicios de la posible comisión de prácticas monopólicas relativas, similar al que para las prácticas monopólicas absolutas prevé el artículo 3 de las Disposiciones, para lo cual puede hacer referencia a antecedentes de la propia Comisión.

Esta sección del Anteproyecto también se incluye una relación de los supuestos que se consideran prácticas monopólicas absolutas y relativas. No obstante, no se ofrece un criterio acerca de cómo deben interpretarse cada una de éstas prácticas. En beneficio del contenido del Anteproyecto, se asume que dicho ejercicio se realizará mediante la publicación de una disposición administrativa en término del artículo 12, fracción XXII inciso “b)” de la LFCE.

¹ Conforme a la tesis aislada “COMPETENCIA ECONÓMICA. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 31 DE LA LEY RELATIVA, REQUIERE DE UNA CAUSA OBJETIVA QUE MOTIVE LA INDAGATORIA CORRESPONDIENTE.” Novena Época. Semanario Judicial de la Federación Tomo XIX, Abril de 2004, página 257. Materia(s): Administrativa. Registro No. 181771

Respecto a la iniciación de investigaciones de prácticas monopólicas absolutas, conviene señalar lo siguiente:

- (i) Definición de competidor: El Anteproyecto incluye una definición del término “competidores”, estableciendo que lo serán aquellos agentes económicos que participan o puedan participar en el mismo mercado. Esta definición va más allá de lo dispuesto en la LFCE, sino que es demasiado amplia ya que cualquier agente económico tiene el potencial de ser competidor de otro. En caso de que se desee mantener la referencia a potenciales competidores se deberá aclarar a qué entidades se refiere.
- (ii) Indicios de prácticas monopólicas absolutas: El en documento en comento se establece que, en caso de tener conocimiento de una conducta considerada indicio de práctica monopólica absoluta bajo el artículo 3 de las Disposiciones, la Autoridad Investigadora podrá iniciar una investigación. Consideramos que el uso del condicional es erróneo y que en el caso de identificar un indicio de práctica monopólica absoluta la Autoridad Investigadora deberá iniciar una investigación.

III. Mecanismos para iniciar una investigación.

Nuevamente, en esta sección el Anteproyecto realiza una recopilación de las disposiciones de la LFCE y las Disposiciones aplicables al inicio del procedimiento de investigación. Además de los mecanismos previstos en el artículo 66 de la LFCE, el Anteproyecto incorpora una mención respecto a las investigaciones originadas a partir del Programa de Inmunidad. A continuación analizaremos las previsiones del Anteproyecto respecto de cada uno de los mecanismos para iniciar una investigación.

A. Denuncia.

En relación con el inicio de la investigación a través de denuncia, además recopilar las disposiciones que ya figuran en la LFCE, el Anteproyecto incluye la tabla que se reproduce a continuación, sobre la cual se han incluido, en *cursiva*, nuestros comentarios:

REQUISITOS PARA PRESENTAR UNA DENUNCIA	PRÁCTICAS MONOPÓLICAS RELATIVAS	PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS
Respecto del denunciante	<p>Nombre, denominación o razón social del denunciante. En caso de que el denunciante promueva por su propio derecho, se sugiere acompañar el escrito de una copia simple de su identificación.</p> <p><i>[Comentario GA: Con el fin de entender el interés que pueda tener el denunciante, se sugiere solicitar mención al denunciante, su giro y el ámbito territorial en el que opera].</i></p>	
	De ser el caso, nombre del representante legal y testimonio notarial o copia certificada del documento o instrumento que contenga las facultades para presentar la denuncia.	

	<p>[Comentario GA: <i>Conviene aclarar los requisitos que deben cumplir los poderes otorgados en el extranjero</i>].</p>	
	<p>Domicilio para oír y recibir notificaciones, mismo que necesariamente deberá ser en el Distrito Federal o, en su caso, en el domicilio de la delegación de la Comisión que corresponda. De no señalar domicilio atendiendo a lo anterior, se prevendrá al denunciante, apercibiéndolo que de no atenerse a lo prescrito por la LFCE, no se tendrá por señalado domicilio y, consecuentemente, las notificaciones sucesivas se realizarán por lista.</p>	
	<p>De considerarlo necesario, personas que autorice, así como los términos en los que otorga dicha autorización. Se puede autorizar a una persona para: a) llevar a cabo cualquier acto necesario para recibir notificaciones, realizar promociones, ofrecer medios de pruebas, concurrir al desahogo de pruebas, formular alegatos, y en general, llevar a cabo los actos necesarios para la debida sustanciación del procedimiento; o b) únicamente para oír y recibir notificaciones y documentos e imponerse de las constancias del expediente. De no especificar en qué términos se autoriza, se entenderá que es para propósitos del inciso b).</p>	
	<p>Datos que permitan la pronta localización del denunciante o su representante legal, como son teléfonos y correos electrónicos.</p>	
Respecto del denunciado	<p>Nombre, denominación o razón social del o de los denunciados.</p>	
	<p>En caso de conocerlo, el domicilio del denunciado.</p>	
Respecto de los hechos relacionados con la denuncia	<p>Descripción de los hechos que motivan la denuncia. Este aspecto, así como los elementos aportados que sustenten la descripción, son el punto fundamental de la denuncia. La descripción de los hechos debe ser lo suficientemente detallada para identificar los indicios de la comisión de una práctica monopólica, tal y como se señaló anteriormente. Por ello, entre más amplia y detallada sea la descripción de los hechos que se denuncian, la Autoridad Investigadora contará con mayores elementos para determinar su procedencia.</p>	
	<p>[Comentario GA: <i>Se sugiere completar esta sección con ejemplos de la información que sería útil incluir. A modo de ejemplo, se hace referencia a las instrucciones que para formular una denuncia facilita la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para denuncias presentadas en España</i>².]</p>	
	Descripción de los principales bienes y servicios involucrados, especificando de la manera más clara posible cuál es el uso común de dichos bienes y servicios.	NO APLICA.
	En caso de conocerlo, una lista de los bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados con los bienes o servicios del denunciado.	NO APLICA.

² Información disponible en el siguiente sitio web: <http://www.cnmc.es/es-es/competencia/c%C3%B3moformularunadenuncia.aspx>

	<p>En caso de conocerlo, una lista de los principales agentes económicos que procesen, produzcan, distribuyan o comercialicen los bienes o servicios en el territorio nacional.</p>	<p>NO APLICA.</p>
	<p>Listado de documentos y medios de convicción, relacionando los mismos de manera precisa con los hechos denunciados. Tal y como ya se apuntó, los indicios contenidos en la descripción de hechos deben estar sustentados; por lo cual, es importante que el denunciante acompañe a su escrito de cualquier documento o información que podría soportar su dicho.</p> <p><i>[Comentario GA: Se sugiere completar esta sección con los documentos y medios de convicción que sería útil incluir. A modo de ejemplo, se hace referencia a las instrucciones que para formular una denuncia facilita la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para denuncias presentadas en España³]</i></p>	

A continuación, el Anteproyecto menciona los tres acuerdos que puede emitir tras recibir una denuncia, a saber (i) de inicio, (ii) de prevención, y (iii) de desechamiento.

Respecto de cada uno de dichos acuerdos, el Anteproyecto da una breve descripción de las circunstancias en las que procederá a emitir cada uno de ellos y del procedimiento y plazos para hacerlo. Sin embargo no se aportan elementos adicionales a los referidos en la LFCE o en las Disposiciones. En este sentido, sería útil mencionar, por ejemplo, los supuestos en los que la Autoridad Investigadora considera que el desahogo de una prevención por el denunciante amerita una prórroga.

B. Solicitudes del Ejecutivo.

El Anteproyecto aclara que las solicitudes de investigación del Ejecutivo Federal deberán presentarse en la forma prevista por el artículo 68 de la LFCE. En este sentido, los comentarios realizados respecto al contenido de la denuncia en la sección A anterior también serían aplicables a las solicitudes de investigación del Ejecutivo Federal.

Asimismo, el Anteproyecto indica que en el inicio de la investigación, el trato preferente que se dé a las solicitudes de Ejecutivo Federal estará sujeto a la carga de trabajo de la Autoridad Investigadora, y consistirá en tratar de reducir de quince a diez días en plazo durante el cual se analizará la pertinencia de dar inicio a la investigación. No obstante, la afirmativa ficta no operará sino hasta el transcurso de quince días. En este sentido, con el fin de dar una preferencia efectiva a las solicitudes del Ejecutivo en esta etapa, valdría la pena valorar si la afirmativa ficta debería operar a los diez días de presentada la solicitud o desahogada la prevención.

C. Investigaciones de Oficio.

³ Información disponible en el siguiente sitio web: <http://www.cnmc.es/es-es/competencia/c%C3%B3moformularunadenuncia.aspx>

Para las investigaciones de oficio, el Anteproyecto incluye una relación de fuentes de información de las cuales la Comisión puede obtener los elementos necesarios para iniciar una investigación. La lista incluida en el Anteproyecto, que no es exhaustiva, incluye a las fuentes públicas de información, los análisis económicos y estudios de mercado, la cooperación con otras autoridades y otros procedimientos tramitados ante la Comisión.

En el Anteproyecto, sin embargo, se echa en falta una explicación de cuáles son los mecanismos y los tiempos a los que la Autoridad Investigadora se debe sujetar para el inicio de investigaciones de oficio.

D. Solicitud para acogerse al Programa de Inmunidad.

Para el inicio de investigaciones por prácticas monopólicas absolutas, además de los mecanismos de inicio contemplados en el artículo 66 de la LFCE, el Anteproyecto se refiere de manera expresa al inicio de investigaciones derivado de la solicitud presentada por un agente económico o individuo para acogerse al Programa de Inmunidad.

Esta sección reproduce las provisiones contenidas en la LFCE y las Disposiciones, aclarando que la investigación únicamente podrá iniciarse una vez emitido el acuerdo condicional de inmunidad y reducción de sanciones.

* * *

Este memorándum no puede ser divulgado, distribuido o transmitido a personas distintas a su destinatario, o citado en documentos o presentaciones, para cada uno de los casos anteriores, sin nuestro consentimiento previo por escrito.

Sin más por el momento, quedamos a sus apreciables órdenes en caso que tenga cualquier duda o comentario relacionado con el presente memorándum.

Atentamente,

Galicia Abogados, S.C.