

MATEO DIEGO FERNÁNDEZ ANDRADE, por mi propio derecho, señalando como domicilio el ubicado en Guillermo González Camarena #1000, A-201, Colonia Santa Fe, en México, Distrito Federal, y señalando para oír y recibir notificaciones y documentos, en términos del artículo 111, tercer párrafo, de la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante “LFCE”), a los señores Karl Sebastián Corcuera Habsburg Lothringen, Jesús Manuel Ramos Montiel, Carla Arozarena Balestra, Poullette Faraón Chaúl Corona y León Efrén Jiménez Domínguez, ante esa Comisión Federal de Competencia Económica (en adelante “Cofece”) comparezco para exponer lo siguiente:

ÚNICO.- Que con fundamento en los artículos 12, fracción XXII, último párrafo, inciso c), y 138, fracción I de la LFCE, presento los siguientes comentarios al anteproyecto de “Guía para tramitar un procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas”, en particular en el apartado VII, titulado “Dispensa y Reducción de Multas”.

El artículo 100 de la LFCE dispone lo siguiente:

Artículo 100. *Antes de que se emita el dictamen de probable responsabilidad, en un procedimiento seguido ante la Comisión por práctica monopólica relativa o concentración ilícita, el Agente Económico sujeto a la investigación, por una sola ocasión, podrá manifestar por escrito su voluntad de acogerse al beneficio de dispensa o reducción del importe de las multas establecidas en esta Ley, siempre y cuando acredite a la Comisión:*

- I. Su compromiso para suspender, suprimir o corregir la práctica o concentración correspondiente, a fin de restaurar el proceso de libre concurrencia y competencia económica, y*
- II. Los medios propuestos sean jurídica y económicamente viables e idóneos para evitar llevar a cabo o, en su caso, dejar sin efectos, la práctica monopólica relativa o concentración ilícita objeto de la investigación, señalando los plazos y términos para su comprobación.¹*

Al respecto, es de considerarse lo siguiente:

¹ Los presentes comentarios no abordan las desventajas del presente texto en relación con el del artículo 33 bis 2 de la Ley anterior, ni las incongruencias internas del nuevo texto, tales como que, por una parte parece obligatorio reconocer la práctica (compromiso para suspender, suprimir o corregir) y, por el otro, parecería que ello no es necesario (medios idóneos para evitar llevar a cabo o, en su caso, dejar sin efectos la práctica).

A. LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS RELATIVAS REQUIEREN SER TRATADAS CON ESPECIAL CUIDADO.

A diferencia de las prácticas monopólicas absolutas, que son sancionables *per se*, existe un amplio consenso de que las prácticas monopólicas relativas son prácticas comerciales agresivas que en la mayoría de los casos son reflejo de una competencia vigorosa entre empresas y que contribuyen al funcionamiento eficiente de los mercados. La propia LFCE dispone que dichas prácticas son sancionables únicamente si concurren conjuntamente cuatro factores:

- Que se trate de una de las conductas señaladas en el artículo 56 de la misma;
- Que la realice uno o más agentes económicos con poder sustancial en el mercado relevante;²
- Que el objeto o efecto de la práctica sea desplazar a otros agentes económicos, impedirles su entrada al mercado o crear ventajas exclusivas;³
- Que el agente económico no demuestre la existencia de ganancias en eficiencia.⁴

Más aún, la propia Cofece reconoce que las prácticas monopólicas y el poder sustancial únicamente existen en una circunscripción limitada de tiempo y espacio, lo cual dificulta la posibilidad de indagar qué elemento de la conducta es el detonador del problema de competencia. La propia determinación del mercado relevante tiene un margen de subjetividad que es imposible de calibrar antes de la emisión del DPR.⁵ Más aún, la determinación del poder sustancial también requiere establecer una relación entre competidores que no siempre es clara. Siendo esto así, cualquier modificación a una conducta en la que no concurren los cuatro componentes antes señalados, no sólo no resultará en una restauración al proceso de competencia y libre concurrencia, sino que, por el contrario, generaría una falla de mercado.

Resulta relevante el artículo 2 de la LFCE, el cual establece que el objeto de la Ley es *“promover, proteger y garantizar la libre concurrencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar, combatir, perseguir con eficacia, castigar severamente y eliminar los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre concurrencia y la competencia*

² Artículo 54, fr. II LFCE.

³ Artículo 54, fr. III LFCE.

⁴ Artículo 55 LFCE.

⁵ En el contexto de las declaratorias por poder sustancial, conforme al artículo 33 bis de la LFCE anterior, la autoridad llegó a modificar el mercado investigado del acuerdo de inicio a la resolución preliminar (véase expediente DC-005-2007). No hay nada en el contexto de las investigaciones por prácticas monopólicas que sugiera que ello pudiera ser distinto.

económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados” y que el artículo 10 señala el objeto de Cofece, que es “garantizar la libre competencia y competencia económica, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.”

Si llegara darse el caso en que Cofece aceptara o impusiera compromisos que no necesariamente atiendan las preocupaciones específicas de una práctica comercial determinada, ello podría contravenir a la letra y el espíritu de la LFCE.

B. LA INVESTIGACIÓN SE LLEVA A CABO EN SECRETO. Los agentes económicos que deseen presentar compromisos necesariamente lo harán sin conocer a plenitud el problema que se busca resolver, lo cual dificulta la elaboración de compromisos. De conformidad con el artículo 124 de la LFCE durante la investigación ningún agente económico tiene acceso al expediente. Antes de emitirse el DPR no existe imputación, ni siquiera a nivel presuntivo sobre la existencia de una práctica monopólica relativa o concentración ilícita. Los agentes económicos pueden intentar adivinar las líneas de investigación de Cofece, ya sea por el extracto del acuerdo de inicio, por la demás información que se incluya en los requerimientos de información o en las citaciones a comparecer y por el tipo de información y documentación solicitada. No obstante, por más claridentes que sean los agentes investigados, jamás podrán saber a ciencia cierta información necesaria para poder elaborar correctamente sus compromisos, tales como la siguiente:

- La identidad del denunciante (léase, el directamente afectado por la práctica o concentración);
- Si todas las fracciones citadas en el acuerdo de inicio darán lugar a un posible emplazamiento;
- Si Cofece pretende emplazar por fracciones distintas a las publicadas en el acuerdo de inicio;⁶
- Cualquier otro factor relevante dentro de las líneas de investigación de Cofece.

⁶ En el pasado, la Comisión realizó emplazamientos por prácticas distintas a las mencionadas en el acuerdo de inicio. Ver, por ejemplo, el expediente IO-005-2009, el cual inició por violaciones al artículo 9, fracción I, de la LFCE anterior y el emplazamiento se realizó por posibles violaciones a las fracciones I y III de dicho artículo;. Por otra parte, es muy común que los emplazamientos se realicen por menos fracciones que las mencionadas en el extracto de acuerdo de inicio (véase por ejemplo, o el expediente DE-015-2010, que inició por las fracciones II, VIII y XI del artículo 10 de la Ley y el emplazamiento se realizó únicamente por la fracción VIII del mismo artículo).

Recuérdese que los compromisos deben referirse a *“la práctica o concentración correspondiente, a fin de restaurar el proceso de libre competencia y competencia económica”* y que *“los medios propuestos sean jurídica y económicamente viables e idóneos para evitar llevar a cabo o, en su caso, dejar sin efectos, la práctica monopólica relativa o concentración ilícita”*.

Ante tal escenario, sería de gran utilidad que los lineamientos aclaren dudas, tales como las siguientes: ¿cómo se pueden ofrecer medios jurídica y económicamente idóneos para resolver algo que no se conoce con precisión? ¿tiene sentido ofrecer compromisos respecto de, por ejemplo, la fracción VIII del artículo 56 cuando el problema se encuentra en la fracción V? ¿tiene caso ofrecer compromisos cuando la práctica ya no existe, ya sea porque el agente económico ya no la realiza o porque ya no tiene poder sustancial? ¿en qué momento podría alegar las ganancias en eficiencia? ¿quién es el interlocutor en Cofece para discutir borradores de compromisos y qué tanta información puede dar dicho interlocutor sin comprometer la secrecía de la investigación?

Toda vez que la posibilidad de presentar compromisos en materia de prácticas monopólicas relativas y concentraciones ilícitas es una herramienta fundamental para resolver muchos de estos asuntos anticipadamente, se sugiere que Cofece modifique sus lineamientos para:

- a) Implementar un procedimiento análogo al del artículo 90 de la Ley y 21 de las Disposiciones Regulatorias de la LFCE en materia de condicionamientos en materia de concentraciones;
- b) Aclarar que no es necesario reconocer la culpabilidad de la comisión de una práctica monopólica relativa o concentración ilícita al presentar los compromisos;
- c) No esperar a la emisión del instrumento sobre la presentación de compromisos para obtener el otorgamiento de dispensa o reducción del importe de multas a que hace referencia el apartado 1.9 del Programa Anual de Trabajo 2015, dada la relevancia de resolver este problema a la brevedad posible.

PROTESTO LO NECESARIO
México, D.F., a 13 de febrero de 2015

MATEO DIEGO FERNÁNDEZ ANDRADE

