

Guía para tramitar un procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas.

Glosario

Agente Económico	Toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica.
Autoridad Investigadora	Órgano de la Comisión encargado de desahogar la etapa de investigación, dotada de autonomía técnica y de gestión para decidir sobre su funcionamiento y resoluciones.
Comisión o COFECE	Comisión Federal de Competencia Económica.
Disposiciones Regulatorias	Disposiciones Regulatorias publicadas en el DOF el diez de noviembre de dos mil catorce.
DOF	Diario Oficial de la Federación.
DPR	Dictamen de Probable Responsabilidad.
Ejecutivo	Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos.
Estatuto Orgánico	Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica, publicado en el DOF el ocho de julio de dos mil catorce.
Indicio	Circunstancia que en relación con un hecho o acto determinado, permite racionalmente fundar su existencia.
LFCE o Ley	Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el DOF el veintitrés de mayo de dos mil catorce.
Pleno	Órgano de gobierno de la Comisión integrado por los siete Comisionados.
Procuraduría	Procuraduría Federal del Consumidor.

Introducción

El veintitrés de mayo de dos mil catorce, se publicó en el DOF el Decreto por medio del cual se expidió la LFCE y en cuyo texto se observa¹ que la COFECE tiene entre otras facultades la de expedir las directrices, guías², lineamientos y criterios técnicos que sean necesarios para el efectivo cumplimiento de la propia Ley.

Una de las actividades que esta Comisión considera de gran importancia es el procedimiento de investigación por la posible realización de conductas que pudieran calificarse como prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas.

La presente guía se emite con el fin de explicar al público en general, de manera clara y concreta la metodología que, la Autoridad Investigadora, lleva a cabo en los procedimientos de investigación.

La presente guía se divide en ocho temas:

- I.** Los objetivos específicos que se persiguen con su elaboración y difusión.
- II.** Punto de contacto
- III.** El concepto de prácticas monopólicas relativas.
- IV.** El concepto de concentraciones ilícitas.
- V.** La naturaleza del procedimiento de investigación por la posible realización de una práctica monopólica relativa o una concentración ilícita, haciendo especial alusión a los elementos que inciden en dicho procedimiento.
- VI.** Las principales etapas de una investigación por la posible realización de una práctica monopólica relativa o concentración ilícita.
- VII.** El beneficio de dispensa y reducción de multas al que pueden acudir los Agentes Económicos.
- VIII.** Un diagrama de las etapas intraprocesales del procedimiento de una investigación por la posible realización de una práctica monopólica relativa o concentración ilícita.

¹ Artículo 12, fracción XXII, último párrafo, incisos b) y g).

² Una guía, es entendida por este órgano autónomo, como un documento de apoyo y referencia cuyo objetivo es condensar la información más relevante sobre la metodología e instrucciones a seguir en la elaboración de documentos o presentación de trámites. Se trata de un documento no vinculante, sino informativo, que por estar dirigido al público en general está redactado de forma sencilla y práctica.

I. Objetivos

A. Difundir entre los Agentes Económicos, practicantes, autoridades y público en general, la metodología, criterios y preceptos que la Autoridad Investigadora de la COFECE toma en consideración para desahogar un procedimiento de investigación por la posible existencia de una práctica monopólica relativa o concentración ilícita.

B. Hacer del conocimiento de los Agentes Económicos, practicantes, autoridades y público en general, las etapas del procedimiento de investigación por la posible realización de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas.

ANTEPROYECTO

II. Punto de contacto

Se invita a los Agentes Económicos, Autoridades y público en general, a acudir a la COFECE, a efecto de poder aclarar las dudas que tengan sobre el presente documento, planteamientos que no se hubieren abordado o cualquier otra cuestión relacionada con la posible existencia de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas. Al efecto, se pone a sus órdenes los siguientes teléfonos: 2789-6621 ó 2789-6767 o bien el siguiente correo electrónico: emares@cofece.mx.

ANTEPROYECTO

III. Las prácticas monopólicas relativas

La COFECE tiene como principal objeto garantizar la libre concurrencia y competencia económica, así como prevenir, investigar y combatir, entre otras, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados³.

La LFCE prohíbe⁴, entre otras prácticas, la realización de conductas que puedan desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos⁵; conductas que la Ley considera prácticas monopólicas relativas⁶.

Si el Pleno de la Comisión determina que un Agente Económico realiza actos que puedan ser así calificados, debe aplicar sanciones⁷, tales como ordenar la supresión de dichas prácticas, imponer multas por violación a la Ley u ordenar, en determinados casos, la desincorporación o enajenación de activos, derechos, partes sociales, o acciones⁸.

Para determinar la existencia de una práctica monopólica relativa es necesario realizar una investigación⁹ y posteriormente desahogar un procedimiento seguido en forma de juicio¹⁰, tras el cual el Pleno de la COFECE dicta una resolución.

La etapa de investigación está a cargo de la Autoridad Investigadora, órgano de la COFECE que está dotado de autonomía técnica y de gestión para decidir sobre su funcionamiento y resoluciones¹¹.

De conformidad con la LFCE, el inicio de un procedimiento de investigación por la existencia de posibles conductas que puedan ser calificadas como prácticas monopólicas relativas, puede ser de oficio o bien tener como origen una denuncia¹² presentada por cualquier persona o a solicitud del Ejecutivo Federal¹³.

De conformidad con el artículo 54 de la LFCE, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones realizadas por

³ Cfr. Artículos 2º, 10, 54, 55 y 56 de la LFCE.

⁴ Cfr. Artículo 52 de la LFCE.

⁵ Cfr. Artículo 54 de la LFCE.

⁶ El artículo 56 de la LFCE especifica las conductas que, bajo las circunstancias descritas en el artículo 54 del mismo ordenamiento legal, pueden considerarse como prácticas monopólicas relativas, siempre y cuando no se demuestre la existencia de ganancias en eficiencia, en términos del artículo 55 del multicitado ordenamiento legal.

⁷ Cfr. Artículo 127 de la LFCE.

⁸ Cfr. Artículo 131 de la LFCE.

⁹ Libro Tercero “De los procedimientos”, Título I “De la investigación”, de la LFCE.

¹⁰ Libro Tercero “De los procedimientos”, Título II “Del procedimiento seguido en forma de juicio”, de la LFCE.

¹¹ Cfr. Artículos 26 y 66 de la LFCE.

¹² Para una mejor explicación de los elementos que la Autoridad Investigadora de la Comisión toma en consideración para iniciar un procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas, se sugiere acudir a la “Guía para iniciar un procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas”.

¹³ En términos de los artículos 66 y 67 de la LFCE, pueden solicitar el inicio de una investigación el Ejecutivo, el Secretario de Economía, la Procuraduría o cualquier persona. Para mayor referencia consultar los Criterios Técnicos para el Inicio de Investigaciones por Prácticas Monopólicas.

uno o varios Agentes Económicos con poder sustancial¹⁴, o con poder sustancial conjunto¹⁵ en un mercado relevante¹⁶, que pudieran adecuarse a las siguientes hipótesis normativas¹⁷:

- I.** Entre Agentes Económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la comercialización o distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;
- II.** La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor deba observar al prestar, comercializar o distribuir bienes o servicios;
- III.** La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio, normalmente distinto o distinguible o sobre bases de reciprocidad;
- IV.** La venta, compra o transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;
- V.** La acción unilateral consistente en rehusarse a vender, comercializar o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;
- VI.** La concertación entre varios Agentes Económicos o la invitación a éstos para ejercer presión contra algún Agente Económico o para rehusarse a vender, comercializar o adquirir bienes o servicios a dicho Agente Económico, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado;
- VII.** La venta por debajo de su costo medio variable o la venta por debajo de su costo medio total, pero por arriba de su costo medio variable, si existen elementos para presumir que le permitirá al Agente Económico recuperar sus pérdidas mediante incrementos futuros de precios, en los términos de las Disposiciones Regulatorias;
- VIII.** El otorgamiento de descuentos, incentivos o beneficios por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, o la compra o transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción;

¹⁴ Para una mejor referencia respecto de los elementos que se deben considerar para determinar si un Agente Económico tiene poder sustancial de mercado, se sugiere la lectura del “Documento de referencia sobre determinación de poder sustancial de mercado”.

¹⁵ Los elementos para poder determinar que uno o más Agentes Económicos detentan poder sustancial conjunto en algún mercado relevante, están contenidos en los artículos 59 de la LFCE y 8 de las Disposiciones Regulatorias.

¹⁶ Para una mejor referencia respecto de los elementos que se deben considerar para determinar un mercado relevante, se sugiere la lectura del “Documento de referencia sobre definición de mercado relevante”, así como lo dispuesto en el artículo 58 de la LFCE.

¹⁷ Estas hipótesis normativas se encuentran en el artículo 56 de la LFCE.

- IX.** El uso de las ganancias que un Agente Económico obtenga de la venta, comercialización o prestación de un bien o servicio para financiar las pérdidas con motivo de la venta, comercialización o prestación de otro bien o servicio;
- X.** El establecimiento de distintos precios o condiciones de venta o compra para diferentes compradores o vendedores situados en condiciones equivalentes;
- XI.** La acción de uno o varios Agentes Económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan otro u otros Agentes Económicos;
- XII.** La denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias a un insumo esencial por parte de uno o varios Agentes Económicos, y
- XIII.** El estrechamiento de márgenes, consistente en reducir el margen existente entre el precio de acceso a un insumo esencial provisto por uno o varios Agentes Económicos y el precio del bien o servicio ofrecido al consumidor final por esos mismos Agentes Económicos, utilizando para su producción el mismo insumo.

Para que las conductas antes descritas sean violatorias de la LFCE, además de que el o los Agentes Económicos que las realicen tengan poder sustancial, se requiere que éstas tengan o puedan tener como objeto o efecto el desplazamiento indebido de otros Agentes Económicos; impedirles sustancialmente el acceso; o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos y que no existan ganancias en eficiencias¹⁸ derivadas directa y necesariamente de las mismas que sean trasladables al consumidor y compensen los efectos negativos a la competencia.

Conviene aclarar que las conductas descritas en las trece fracciones del artículo 56 de la LFCE son prácticas comerciales comunes en muchos mercados y, por lo general, no son consideradas ilícitas, a menos que se adecuen al supuesto normativo contenido en el artículo 54 de la LFCE.

Lo anterior quiere decir que, antes de imputar una responsabilidad, además de encuadrar en una conducta claramente prevista en el artículo 56 de la LFCE, debe no solamente acreditarse poder sustancial en el mercado relevante (artículo 54, fracción II) sino también que la conducta impone un daño a las condiciones de competencia en el mercado (artículo 54, fracción III).

El propósito de la autoridad al suprimir estas conductas no es interferir innecesariamente con determinado modelo de negocio sino impedir restricciones cuyo objeto sea el desplazamiento indebido de competidores impedirles el acceso al mercado o establecer ventajas exclusivas en perjuicio del consumidor.

¹⁸ De conformidad con el artículo 55 de la LFCE, las eficiencias de una conducta que pudiera ser considerada como práctica monopólica relativa deben ser demostradas por los Agentes Económicos, además el mismo artículo establece de manera enunciativa y no limitativa algunos efectos que pueden ser considerados como ganancias en eficiencia.

IV. Las concentraciones ilícitas

La LFCE prohíbe¹⁹ la realización de concentraciones que se califiquen como ilícitas²⁰; por lo que si el Pleno de la Comisión determina que dos o más Agentes Económicos realizaron una concentración contraria a la competencia o libre concurrencia, debe aplicar distintas sanciones²¹, y en algunos casos, y bajo ciertos supuestos, imponer la desincorporación o enajenación de activos, derechos, partes sociales, o acciones²².

Para determinar la existencia de una concentración ilícita es necesario realizar una investigación²³ y desahogar el procedimiento seguido en forma de juicio²⁴, tras el cual el Pleno de la COFECE dicta una resolución.

El inicio de un procedimiento de investigación por la existencia de posibles conductas que puedan ser calificadas como concentraciones ilícitas, puede ser de oficio o bien tener como origen una denuncia presentada por cualquier Agente Económico o una solicitud del Ejecutivo Federal²⁵.

La etapa de investigación está a cargo de la Autoridad Investigadora, órgano de la COFECE que está dotado de autonomía técnica y de gestión para decidir sobre su funcionamiento y resoluciones²⁶.

De conformidad con el artículo 61 de la Ley, existe una concentración cuando dos o más Agentes Económicos se fusionan, adquieren el control o realizan algún acto por el cual se unan sociedades o asociaciones, se adquieran acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, realizados entre competidores, proveedores, clientes o cualesquier Agentes Económicos.

Por su parte, el artículo 62 de la Ley, señala que se consideran ilícitas aquellas concentraciones que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica.

La LFCE establece como indicios de la existencia de una concentración ilícita cuando se da por lo menos uno de los siguientes supuestos²⁷:

- I. Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o Agente Económico resultante de la concentración, poder sustancial en los términos de la Ley, o incremento o pueda incrementar dicho poder sustancial, con lo cual se pueda obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia y la competencia económica;

¹⁹ Cfr. Artículo 52 de la LFCE.

²⁰ El artículo 62 de la LFCE señala que se consideran ilícitas aquellas concentraciones que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica.

²¹ Cfr. Artículo 127 de la LFCE.

²² Cfr. Artículo 131 de la LFCE.

²³ Libro Tercero “De los procedimientos”, Título I “De la investigación”, de la LFCE.

²⁴ Libro Tercero “De los procedimientos”, Título II “Del procedimiento seguido en forma de juicio”, de la LFCE.

²⁵ En términos de los artículos 66 y 67 de la LFCE, pueden solicitar el inicio de una investigación el Ejecutivo, el Secretario de Economía, la Procuraduría o cualquier persona.

²⁶ Cfr. Artículos 26 y 66 de la LFCE.

²⁷ Cfr. Artículo 64 de la LFCE.

- II. Tenga o pueda tener por objeto o efecto establecer barreras a la entrada, impedir a terceros el acceso al mercado relevante, a mercados relacionados o a insumos esenciales, o desplazar a otros Agentes Económicos; o
- III. Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicha concentración el ejercicio de conductas prohibidas por la Ley, y particularmente, de las prácticas monopólicas.

No obstante lo anterior, si uno o más Agentes Económicos llevaron a cabo una concentración ilícita, podrán demostrar que generaron ganancias en eficiencia e inciden favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia superando sus posibles efectos anticompetitivos en cada mercado analizado, resultando en una mejora del bienestar del consumidor²⁸.

Es importante añadir a lo ya expuesto, que el artículo 86 de la LFCE establece la obligación de hacer del conocimiento de la Comisión la realización de una concentración que supere ciertos umbrales²⁹, antes de que ésta se lleve a cabo, a efecto de que dicha operación pueda ser evaluada.

El hecho de no cumplir en tiempo con la obligación y hacer del conocimiento previo de la COFECE una concentración que supere los umbrales referidos, tiene como consecuencia la imposición de una multa en términos de lo dispuesto por el artículo 127, fracción VIII del mismo ordenamiento legal, sin embargo ello no constituye indicios de que la operación se pueda calificar como ilícita.

Para determinar y en su caso aplicar la sanción que establece el artículo 127, fracción VIII, esta Comisión debe iniciar y desahogar un procedimiento incidental³⁰ en términos de la sección décima del capítulo cuarto de las DRLFCE.

²⁸ De conformidad con la fracción V del artículo 63 de la LFCE, para determinar si una concentración debe ser sancionada por la Ley, se deben considerar los elementos que aporten los Agentes Económicos para acreditar la mayor eficiencia del mercado que se lograría derivada de la concentración y que incidirá favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia. Asimismo, el artículo 14 de las Disposiciones Regulatorias establece lo que debe entenderse por ganancias en eficiencia para el caso de concentraciones.

²⁹ Los umbrales están especificados en las tres fracciones del artículo 86 de la LFCE.

³⁰ El artículo 117 de las DRLFCE señala, entre otros supuestos, que la omisión de notificar una concentración en términos de lo dispuesto por las fracciones I a III del artículo 86 de la Ley se desahogará conforme al procedimiento incidental previsto en los artículos 118 a 136 de ese ordenamiento legal.

V. Naturaleza, causa objetiva y duración del procedimiento de investigación

1. Naturaleza del procedimiento de investigación por la posible realización de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas

El procedimiento de investigación tiene como objetivo indagar la posible existencia de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas, para lo cual se realizan diversas diligencias con el objetivo de allegarse de información y obtener elementos de convicción.

La naturaleza del procedimiento para determinar y en su caso sancionar la existencia de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas es de interés público³¹, y a diferencia de los procedimientos de orden privado, en donde el análisis se circunscribe a los actos y hechos en debate, en el procedimiento de interés colectivo como el de investigación, se debe allegar de tanta información como se requiera para verificar la existencia de hechos y poder determinar si éstos son contrarios o no al proceso de competencia y libre concurrencia.

Lo anterior implica que será la propia Comisión, a través de la Autoridad Investigadora³² y la Dirección General de Investigaciones de Mercado³³, quien establezca las líneas de la investigación, independientemente de que el procedimiento inició derivado de la presentación de una denuncia o una solicitud por parte del Ejecutivo Federal, o bien tuvo un origen oficioso.

Aunado a lo anterior, es importante señalar que si la Autoridad Investigadora considera que existen elementos que puedan actualizar la existencia de una práctica monopólica relativa o concentración ilícita, debe seguir con la investigación hasta acreditar su existencia o inexistencia, aún y cuando el denunciante se desista de su denuncia, pues el objetivo de la LFCE y por ende de la COFECE, es el de velar por la protección del proceso de competencia y libre concurrencia.

³¹ Cfr. Tesis Aislada. Número de registro 172,076. Materia administrativa. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

³² Cfr. Artículos 26 de la LFCE y 4, fracción III, 16 y 17 del Estatuto Orgánico.

³³ Cfr. Artículos 4, fracción III, Inciso A, Subinciso b, 24, 25 26 y 29 del Estatuto Orgánico.

2. Elementos formales

Para iniciar una investigación por la posible existencia de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas es necesario contar con una causa objetiva. Respecto a la causa objetiva³⁴, en la LFCE se señala lo siguiente³⁵:

“(…) Es causa objetiva cualquier indicio de la existencia de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas. (…)”

De esta manera, la Autoridad Investigadora debe iniciar una investigación por la posible existencia de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas, cuando tenga conocimiento de hechos que pudieran constituir indicios que permitan suponer la existencia del conjunto de los tres supuestos previstos en el artículo 54 de la LFCE o 64 del mismo ordenamiento legal. Dichos artículos disponen lo siguiente:

“Artículo 54. Se consideran prácticas monopólicas relativas, las consistentes en cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que:

I. Encuadre en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 56 de esta Ley;

II. Lleve a cabo uno o más Agentes Económicos que individual o conjuntamente tengan poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica, y

III. Tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos.

(…)

Artículo 64. La Comisión considerará como indicios de una concentración ilícita, que la concentración o tentativa de la misma:

I. Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o Agente Económico resultante de la concentración, poder sustancial en los términos de esta Ley, o incremente o pueda incrementar dicho poder sustancial, con lo cual se pueda obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia y la competencia económica;

II. Tenga o pueda tener por objeto o efecto establecer barreras a la entrada, impedir a terceros el acceso al mercado relevante, a mercados relacionados o a insumos esenciales, o desplazar a otros Agentes Económicos, o

III. Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicha concentración el ejercicio de conductas prohibidas por esta Ley, y particularmente, de las prácticas monopólicas.”

Una vez que la Autoridad Investigadora tiene conocimiento de indicios acerca de la posible existencia de una conducta que pudiera ser considerada como práctica monopólica relativa o concentración ilícita, debe iniciar un procedimiento de investigación, en términos de lo dispuesto por el Libro Tercero, Título I, Capítulo Único, Sección II, de la LFCE.

³⁴ Para mayor abundamiento respecto del significado de “causa objetiva”, se recomienda consultar el documento “Criterios Técnicos para el Inicio de Investigaciones por Prácticas Monopólicas”.

³⁵ Cfr. Artículo 71 de la LFCE.

En efecto, formalmente, un procedimiento de investigación por la posible realización de prácticas monopólicas relativas o concentración ilícita inicia con la emisión de un acuerdo de inicio que ordena la Autoridad Investigadora y la duración de la investigación no puede ser menor a treinta días ni ser mayor de ciento veinte días³⁶. No obstante, la Autoridad Investigadora podrá ampliar hasta en cuatro ocasiones el periodo de investigación³⁷. Es decir, la Autoridad Investigadora, en casos complejos, puede hacer la investigación en un plazo máximo de cinco periodos de investigación³⁸.

Una vez que la Autoridad Investigadora ordena el inicio de la investigación de una práctica monopólica relativa o concentración ilícita³⁹, el expediente se turna a la Dirección General de Investigaciones de Mercado para que realice las diligencias necesarias para el trámite de la investigación. Las etapas de tal procedimiento se explicarán en la siguiente sección del presente documento.

El Director General de Investigaciones de Mercado cuenta con las atribuciones para realizar las actividades y diligencias necesarias⁴⁰ a efecto de obtener información, datos y evidencia o medios de convicción suficientes para que le permitan, ya sea: i) imputar a algún o algunos Agentes Económicos la realización de una práctica monopólica relativa o concentración ilícita; o bien; ii) sostener que no hay elementos suficientes para suponer la existencia de una práctica monopólica relativa o concentración ilícita.

Una vez que se concluya la investigación, la Autoridad Investigadora⁴¹, en un plazo no mayor a sesenta días hábiles, debe presentar al Pleno un dictamen en el que proponga:

- i) El inicio de un procedimiento en forma de juicio, por existir elementos objetivos que hagan probable la responsabilidad del o los Agentes Económicos investigados; o bien
- ii) El cierre del expediente en caso de que no se desprendan elementos para iniciar el procedimiento seguido en forma de juicio⁴².

³⁶ En términos de lo dispuesto por el artículo 114 de la LFCE, cuando los plazos sean en días, estos se deben de entender como hábiles.

³⁷ Cfr. Artículo 71 de la LFCE.

³⁸ En términos de días hábiles corresponden a seiscientos días.

³⁹ El artículo 55 de las DRLFCE señalan que dentro del primer periodo de investigación, la Autoridad Investigadora debe publicar en el sitio de internet de la COFECE, un aviso que haga del conocimiento general el inicio de la investigación señalando por lo menos los artículos de la Ley posiblemente actualizados, el mercado que se investiga y el número de expediente.

⁴⁰ Cfr. Artículos 4, fracción III, Inciso A, Subinciso b, 24, 25 26 y 29 del Estatuto Orgánico.

⁴¹ Cfr. Artículo 17, fracción II del Estatuto Orgánico.

⁴² Cfr. Artículo 78 de la LFCE.

VI. Principales etapas de una investigación por posibles prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas

La actividad de investigación de prácticas monopólicas relativas se entiende como el conjunto de procedimientos sistemáticos, críticos y empíricos que se aplican al análisis del objeto o efecto de determinadas conductas⁴³ que podrían realizarse o haberlas realizado por uno o varios Agentes Económicos que podrían detentar poder sustancial en uno o varios mercados relevantes.

Por su parte, la actividad de investigación de concentraciones ilícitas se entiende como el conjunto de procedimientos sistemáticos, críticos y empíricos que se aplican al análisis del objeto o efecto de determinadas conductas⁴⁴ que podrían haber sido realizadas por uno o varios Agentes Económicos⁴⁵.

Como todo procedimiento, la acción indagatoria referida consta de etapas, identificando para el caso que nos ocupa, las siguientes:

1. Formulación de una hipótesis;
2. Diseño de la investigación;
3. Análisis preliminar del mercado investigado;
4. Recolección de datos y evidencia; e
5. Interpretación y análisis de datos y evidencia.

Es de señalar que estas diferentes etapas se desarrollan y suceden de manera dinámica durante el procedimiento indagatorio; por ello, no deben entenderse como necesariamente secuenciales, dado que su aplicación varía de acuerdo a las circunstancias del caso en particular⁴⁶.

Antes de iniciar con el desarrollo de las etapas referidas, es importante aclarar que éstas se sujetan a un marco analítico de referencia muy estricto con el cual se sujetan durante el transcurso del procedimiento de investigación. Dicho marco de referencia se compone de los siguientes elementos:

Marco legal. Se refiere a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la LFCE, las Disposiciones Regulatorias; el Estatuto Orgánico; criterios judiciales y los demás elementos del marco normativo que resulten aplicables.

Antecedentes. La Autoridad Investigadora toma en consideración los procedimientos de investigación y sus resultados, al tramitar y desahogar nuevos procedimientos, con la finalidad de asegurar certeza regulatoria.

⁴³ Para el caso de prácticas monopólicas relativas, las conductas se describen en los artículos 54 y 56 de la LFCE. Cfr. Sección II del presente documento.

⁴⁴ Para el caso de concentraciones ilícitas, las conductas se describen en los artículos 62, 63 y 64 de la LFCE. Cfr. Sección III del presente documento.

⁴⁵ Resulta importante señalar que para el análisis de la existencia de concentraciones ilícitas, no es requisito que las fusionantes tengan o no poder sustancial conjunto, pues en este caso lo que se analiza es el efecto de dicha concentración.

⁴⁶ Para una visualización gráfica del procedimiento de investigación que se sigue para analizar la posible existencia de una práctica monopólica relativa o concentración ilícita, se sugiere revisar el apartado cuatro de este mismo documento, denominado “diagrama de flujo”.

No obstante, las investigaciones que lleva a cabo la Autoridad Investigadora por la posible existencia de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas se realizan caso por caso, por lo que las conclusiones de investigaciones anteriores de ninguna manera vinculan a las investigaciones posteriores que realice dicha Autoridad.

Análisis Económico. Tal y como se ha señalado, las conductas descritas en el artículo 56 de la Ley, son prácticas que comúnmente pueden observarse como estrategias comerciales legítimas y no por ello son intrínsecamente contrarias a la competencia o atentan contra la LFCE.

Como se mencionó anteriormente sólo serán ilícitas las conductas tipificadas que: i) sean realizadas por uno o varios Agentes Económicos con poder sustancial en un mercado relevante determinado; ii) tengan o puedan tener como objeto o efecto las consecuencias enunciadas en la fracción III del artículo 54 de la Ley; y iii) no actualicen el artículo 55 de la LFCE.

De igual modo, en el análisis de concentraciones ilícitas, la Comisión no solo toma en consideración la existencia de una concentración, sino que analiza si con dichas operaciones se tiene el objeto de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia o bien, si ya se produjo un efecto dañino al mencionado proceso.

De esta manera, para poder sostener o motivar los elementos económicos que están contenidos en la normatividad de la materia, se realiza un análisis económico que sustenta las conclusiones presentadas por la Autoridad Investigadora ya sea en el dictamen de probable responsabilidad o en el cierre de la investigación.

A continuación se explica en qué consisten cada una de las cinco etapas del procedimiento de investigación referidas. Cada una de las investigaciones se realiza tomando en consideración las circunstancias específicas, es decir, se analizan en los méritos de cada caso.

1. Formulación de una hipótesis

En esta etapa se formula una explicación tentativa de la causa y/o efectos de los hechos que sirvieron como causa objetiva para iniciar la investigación.

La hipótesis o explicación tentativa, puede o no ser verdadera, por lo que es necesario comprobarse. Es precisamente durante las demás etapas de investigación en las que se obtienen datos y evidencia que relacionada de forma organizada y sistematizada, que se podrá comprobar o refutar la hipótesis.

La formulación de estas explicaciones preliminares proporciona un orden y una lógica al procedimiento de investigación, pero no constituye un prejuicio sobre la existencia de una práctica en específico o la responsabilidad de Agente Económico alguno.

Conviene aclarar que las hipótesis preliminares devienen de una primera interpretación que realiza la Autoridad Investigadora al analizar los hechos que generaron la causa objetiva del inicio del procedimiento, pero ello no implica forzosamente todas las hipótesis que se formulen en la denuncia o durante la investigación estén relacionadas con la causa objetiva por la cual dicha investigación fue iniciada.

A. Elementos de la hipótesis

Para efecto de las investigaciones por la posible existencia de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas, las hipótesis están formadas por dos elementos:

A.1) Teoría del caso

Se establecen las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que pudieron realizarse los actos que sustentan los elementos que tipifican la conducta investigada y los demás aspectos relevantes que derivan de la investigación.

En otras palabras, se sitúa hipotéticamente al o los Agentes Económicos bajo alguno de los supuestos previstos en el artículo 56 ó 61 de la Ley, según sea el caso.

A.2) Objeto o efecto

Para el caso de prácticas monopólicas relativas y en términos de la fracción III, del artículo 54 de la LFCE, se entiende que una conducta daña⁴⁷ a la competencia o la libre concurrencia, cuando derivado de dicha práctica, el Agente Económico (o los Agentes Económicos) con poder sustancial (conjunto) en un mercado relevante desplace(n) indebidamente a otros Agentes Económicos, impida(n) sustancialmente el acceso o establezca ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos.

⁴⁷ Es importante diferenciar entre afectación de un particular y el daño al proceso de competencia y libre concurrencia. El objetivo del procedimiento de investigación y sanción de prácticas monopólicas relativas no se circunscribe a la protección o resarcimiento por la afectación patrimonial de un Agente Económico frente a otro, sino a la protección del “proceso de competencia y libre concurrencia”.

Una concentración se considera ilícita en términos de lo dispuesto por el artículo 62 de la Ley, cuando tenga por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica.

Por su parte, el artículo 64, del mismo ordenamiento legal, considera como indicios de una concentración ilícita cuando se pueda configurar al menos uno de los tres supuestos previstos en las fracciones de dicho artículo y señalado en la sección II del presente documento.

2. Diseño de la investigación

Una vez que se tiene una hipótesis, la Dirección General de Investigaciones de Mercado nombra un equipo que será el encargado de desahogar el procedimiento de investigación.

El equipo tendrá como primera tarea, la de realizar las actividades necesarias para contar con información, datos y medios de convicción idóneos y suficientes para poder sostener si la hipótesis se corrobora o no.

3. Análisis preliminar del mercado investigado

Posterior a la elaboración y validación del diseño de la investigación, el equipo inicia la recolección de información, datos y evidencia necesaria para conocer el posible mercado en el que se llevará a cabo la investigación y en el que posiblemente se podría estar llevando a cabo o se haya llevado a cabo una práctica monopólica relativa o concentración ilícita.

Es posible que una vez obtenida la información derivada de esta etapa, se ajusten elementos de la hipótesis original y por tanto del diseño de la investigación.

Cobra especial relevancia señalar que el análisis del mercado investigado no es la determinación de mercado relevante a que hace referencia el artículo 58 de la LFCE. El análisis preliminar del mercado investigado es necesario para tener un marco conceptual sobre la actividad económica en donde se podría estar llevando la conducta posiblemente violatoria de la Ley y así identificar y analizar la hipótesis planteada.

4. Recolección de datos y evidencia

Tal y como se menciona en la Ley⁴⁸ la Autoridad Investigadora a través de la Dirección General de Investigaciones de Mercado, puede allegarse de los medios de convicción que considere necesarios para conocer la verdad de los hechos materia del procedimiento, para lo cual podrá realizar las diligencias que considere necesarias a fin de agotar el mandato Constitucional de perseguir eficazmente la existencia de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas.

Dada la naturaleza del objeto de la investigación, la Dirección General de Investigaciones de Mercado tiene a su disposición el uso de diversas herramientas, las cuales podrá utilizar dependiendo de: i) las características específicas de la industria investigada; ii) los elementos que necesita obtener; así como iii) el grado de cooperación e interacción que se tenga con el o los Agente(s) Económico(s) en específico.

⁴⁸ Cfr. Artículos 73 y 123 de la LFCE.

Entre estas herramientas se encuentran de manera enunciativa pero no limitativa los siguientes:

- i) Requerimientos de información y documentos;
- ii) Comparecencias;
- iii) Visitas de inspección;
- iv) Visitas de verificación;
- v) Solicitud de elaboración de estudios;
- vi) Solicitud de elaboración de encuestas;
- vii) Consulta de fuentes públicas de información; y
- viii) Entrevistas;

Es importante señalar que toda persona tiene la obligación de cooperar con una investigación⁴⁹, y en caso de que se les requiera información, el plazo que tienen para presentar la información es de diez días. En caso de que no entreguen la información, el Director General de Investigaciones de Mercado puede aplicar las siguientes medidas de apremio⁵⁰:

- i) Apercibimiento;
- ii) Multa hasta por el importe equivalente a tres mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal. Esta cantidad puede aplicarse **por cada día** que transcurra sin cumplimentarse con lo requerido;
- iii) El auxilio de la fuerza pública o de otras Autoridades Públicas;
- iv) Arresto hasta por treinta y seis horas.

De igual manera, las personas y autoridades federales, estatales o municipales, deben presentar la información que se les solicite y deberán entregarla en un plazo máximo de diez días hábiles, los cuales pueden ampliarse por una sola ocasión por un periodo igual⁵¹.

⁴⁹ Cfr. Artículo 119 de la LFCE.

⁵⁰ Cfr. Artículo 126 de la LFCE.

⁵¹ Cfr. Artículo 73 y 74 de la LFCE.

A. Clasificación de la información que obra en un expediente de investigación

El análisis que realiza la Dirección General de Investigaciones de Mercado es intensivo en datos e información, los cuales, para efectos de la LFCE, pueden ser considerados como:

- i) Información pública⁵²;
- ii) Información confidencial⁵³; o
- iii) Información reservada⁵⁴.

Es importante reiterar que durante el procedimiento de investigación no se permitirá el acceso al expediente y en el procedimiento seguido en forma de juicio sólo los Agentes Económicos con interés jurídico pueden tener acceso a la información considerada como pública y reservada, pero no tendrán acceso a la información confidencial⁵⁵.

En este sentido, en términos del artículo 125 de la LFCE, para efectos de poder clasificar la información como confidencial, es necesario que se cumplan los siguientes supuestos:

- i) Que se solicite que la información se clasifique como confidencial;
- ii) Que el Agente Económico acredite que tiene el carácter de confidencial; y
- iii) Que presente un resumen de la información que solicita sea clasificada como confidencial, a satisfacción de la Comisión, para que sea glosado el expediente o, en su caso, las razones por las que no puede realizar dicho resumen.

Sobre este último aspecto, el resumen se refiere a una exposición abreviada de la información que solicita sea clasificada como confidencial, en la que se identifiquen los elementos esenciales y relevantes de dicho documento omitiendo o sustituyendo datos confidenciales que puedan causar daño o perjuicio a su posición competitiva.

⁵² De conformidad con el artículo 3º, fracción X de la LFCE, se considera información pública aquella que se haya dado a conocer por cualquier medio de difusión público, se halle en registros o en fuentes de acceso públicos.

⁵³ De conformidad con el artículo 3º, fracción IX de la LFCE, se considera información confidencial, aquella que de divulgarse pueda causar un daño o perjuicio en la posición competitiva de quien la haya proporcionado, contenga datos personales cuya difusión requiera su consentimiento, pueda poner en riesgo su seguridad o cuando por disposición legal se prohíba su divulgación.

⁵⁴ De conformidad con el artículo 3º, fracción XI de la LFCE, se considera información reservada, aquella a la que sólo los Agentes Económicos con interés jurídico en el procedimiento pueden tener acceso.

⁵⁵ Cfr. Artículo 124, párrafo segundo de la LFCE.

Para considerar que la información aportada u obtenida en el transcurso de una investigación por prácticas monopólicas relativas o concentración ilícita debe ser clasificada como confidencial, es necesario que se actualice cualquiera de los siguientes supuestos⁵⁶:

- i) Que de hacerse del conocimiento de los demás Agentes Económicos pueda causar daño o perjuicio en la posición competitiva de quien haya proporcionado la información;
- ii) Que contenga datos personales cuya difusión requiera su consentimiento;
- iii) Que pueda poner en riesgo su seguridad; o
- iv) Que por disposición legal esté prohibida su divulgación.

Si se cumple con los requisitos señalados, la Dirección General de Investigaciones de Mercado emitirá un acuerdo haciendo exacta referencia a los elementos considerados como confidenciales y los cuales se guardarán en carpetas distintas identificadas con el nombre del Agente Económico que proporcionó la información, y se archivarán en carpetas distintas a aquéllas en las que obran las constancias que serán consideradas en términos del artículo 3º, fracciones X y XI de la Ley. Las carpetas confidenciales estarán especialmente custodiadas y sólo podrán ser consultadas por los Agentes Económicos que aportaron dicha información.

5. Interpretación y análisis de datos y evidencia

Conforme se va obteniendo la información solicitada por la Dirección General de Investigaciones de Mercado, se analiza y organiza a efecto de verificar la hipótesis planteada.

En caso de que la hipótesis en la que se actualice la existencia de una práctica monopólica relativa o una concentración ilícita se cumpla, la Dirección General de Investigaciones de Mercado procede a la elaboración de un proyecto de dictamen de probable responsabilidad (DPR).

En caso de que la información recabada no confirme la hipótesis originalmente planteada, pueden suscitarse dos escenarios:

1. Que se reformule la hipótesis en caso de existir elementos para hacerlo; o bien,
2. Que se proponga el cierre de la investigación en virtud de haber encontrado información o documentos de los que se deduzca o que confirmen:
 - i) la inexistencia de elementos para adecuar la conducta investigada a alguna de las fracciones del artículo 56, 61 o 62 de la LFCE;
 - ii) que el o los Agentes Económicos a los que se les imputa la conducta monopólica relativa o concentración ilícita, carezcan de poder sustancial en el mercado relevante;

⁵⁶ Cfr. Artículo 3º, fracción IX de la LFCE.

- iii) que aun existiendo el comportamiento realizado por uno o varios Agentes Económicos con poder sustancial en el mercado relevante, se observe que la presunta práctica o concentración no tuvo el objeto o efecto de dañar a la libre concurrencia o competencia⁵⁷ porque no desplazó o impidió el acceso a Agente Económico alguno, no se creó ventaja exclusiva en favor de alguien; o
- iv) que existiendo la presunta práctica monopólica relativa o la presunta concentración ilícita, el o los Agente(s) Económico(s), a los que se les imputa la práctica o concentración aparentemente dañina, demuestren que los efectos de las mismas generan ganancias en eficiencia e inciden favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia superando sus posibles efectos anticompetitivos en cada mercado analizado, y resultan en una mejora del bienestar del consumidor⁵⁸. Para el análisis de prácticas monopólicas relativas y tal y como se desprende de la lectura del artículo 55 de la LFCE, es el Agente Económico quien debe demostrar la existencia de ganancias en eficiencia, lo cual sucede de manera usual en el procedimiento seguido en forma de juicio. Sin embargo, si la existencia de dichas ganancias en eficiencias fue demostrada de alguna manera durante el procedimiento de investigación, se podrá tomar en cuenta para un posible cierre de la investigación por esta causa. Para el caso del análisis de concentraciones que pudieran ser ilícitas, será necesario que el o los Agentes Económicos acrediten las ganancias en eficiencia de la operación en términos de lo dispuesto por los artículos 63, fracción V de la LFCE y 14 de las Disposiciones Regulatorias.

De lo anterior se observa que una vez que la Autoridad Investigadora considera que hay elementos suficientes para sustentar la posible existencia de una práctica monopólica relativa o concentración ilícita, o bien, encuentra elementos suficientes para considerar su inexistencia, se emite un acuerdo de conclusión de la investigación.

A partir de la conclusión de la investigación la Autoridad Investigadora, en un plazo de sesenta días⁵⁹ debe presentar al Pleno un dictamen en el que proponga⁶⁰:

- I. El inicio del procedimiento en forma de juicio, por existir elementos objetivos que hagan probable la responsabilidad de los Agentes Económicos investigados; o
- II. El cierre del expediente en caso de que no se desprendan elementos para iniciar el procedimiento en forma de juicio.

⁵⁷ Tal y como se ha mencionado, el daño a la competencia y libre concurrencia se observa en términos de lo dispuesto por la fracción III del artículo 54 de la LFCE. Por su parte, los artículos 62 y 64 de la LFCE establecen cuándo es que una concentración puede ser considerada como dañina al proceso de competencia y libre concurrencia y por tanto declararse ilícita.

⁵⁸ Esto se observa de lo dispuesto en los artículos 55 y 63, fracción V de la LFCE.

⁵⁹ El plazo que tiene la Autoridad Investigadora para emitir un dictamen de cierre o de probable responsabilidad es de sesenta días, en términos de lo dispuesto por el artículo 78 de la LFCE.

⁶⁰ Cfr. Artículo 78, fracciones I y II de la LFCE.

Tal y como lo señala el artículo 78 de la LFCE, en el caso de que existan elementos objetivos que hagan probable la responsabilidad de algún agente económico⁶¹, el Pleno ordenará el inicio del procedimiento seguido en forma de juicio mediante el emplazamiento al o los probables responsables.

Por su parte, cuando se le presente al Pleno un dictamen de cierre, con base en las constancias que obren en el expediente de investigación, podrá decretarlo u ordenar el inicio del procedimiento seguido en forma de juicio⁶².

ANTEPROYECTO

⁶¹ Es importante resaltar que en Pleno de la COFECE no revisa ni modifica el contenido del DPR, sino que únicamente ordena el inicio del procedimiento seguido en forma de juicio.

⁶² Cfr. Último párrafo del artículo del artículo 78 de la LFCE.

VII. Dispensa y reducción de multas

La Ley⁶³ prevé la posibilidad que durante la investigación y hasta **antes** que se emita el dictamen de probable responsabilidad el o los Agente(s) Económico(s) que estén realizando una conducta que pudiera considerarse como concentración ilícita o práctica monopólica relativa, podrán solicitar acogerse al beneficio de dispensa o reducción del importe de multas.

Tal y como se ha señalado, el objetivo de la COFECE, es garantizar y proteger el proceso de competencia y libre concurrencia. Por ello, dicha Autoridad tiene como objetivo primordial procurar la erradicación de las conductas que pudieren ser violatorias de la Ley.

Atendiendo al fin anterior, es posible que uno o varios Agente(s) Económico(s) que se sepan involucrados en una investigación, tengan la inquietud de presentarse ante la Autoridad Investigadora a hacer explícito su interés en no cometer conductas que pudieran ser consideradas como prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, o bien, cesar de realizar actos que pudieran, bajo ciertas circunstancias, ser así calificadas, a fin de restaurar el proceso de libre competencia económica o libre concurrencia.

De igual manera, es importante que los Agentes Económicos que soliciten acogerse a este beneficio demuestren que las medidas que proponen son jurídica y económicamente viables e idóneas para evitar llevar a cabo o dejar sin efectos la práctica monopólica o concentración ilícita.

Al presentar el escrito de solicitud de terminación anticipada de la investigación por acogerse al beneficio de dispensa o reducción del importe de multas, la Autoridad Investigadora suspende el procedimiento y pone a consideración del Pleno, y en su caso da vista al denunciante, lo expuesto por el o los Agentes Económicos⁶⁴.

En caso de que el Pleno de la Comisión, después de evaluar la propuesta del o los Agentes Económicos involucrados en una investigación, acepte los compromisos propuestos, podrá decretar el cierre de la investigación y dispensar o reducir el importe de la multa que le correspondería por la realización de la práctica monopólica relativa o la concentración ilícita⁶⁵.

Por su parte, en caso de que no se acepten los compromisos propuestos, se hará del conocimiento del Agente Económico y se continuará con el procedimiento de investigación.

No obstante, es de señalar que la resolución por la que el Pleno de la Comisión acepte los compromisos propuestos por el o los Agentes Económicos, se emitirá sin perjuicio de las acciones que pudieran ejercitar terceros afectados que reclamen daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil.

⁶³ Cfr. Artículos 100 y 101 de la LFCE.

⁶⁴ Cfr. Artículo 101 de la LFCE.

⁶⁵ Cfr. Artículo 102, fracción I de la LFCE.

Asimismo, es importante mencionar que los Agentes Económicos sólo podrán acogerse al beneficio aludido en este numeral una vez cada cinco años⁶⁶ y podrán presentar en una sola ocasión este tipo de solicitud durante el procedimiento de investigación⁶⁷.

ANTEPROYECTO

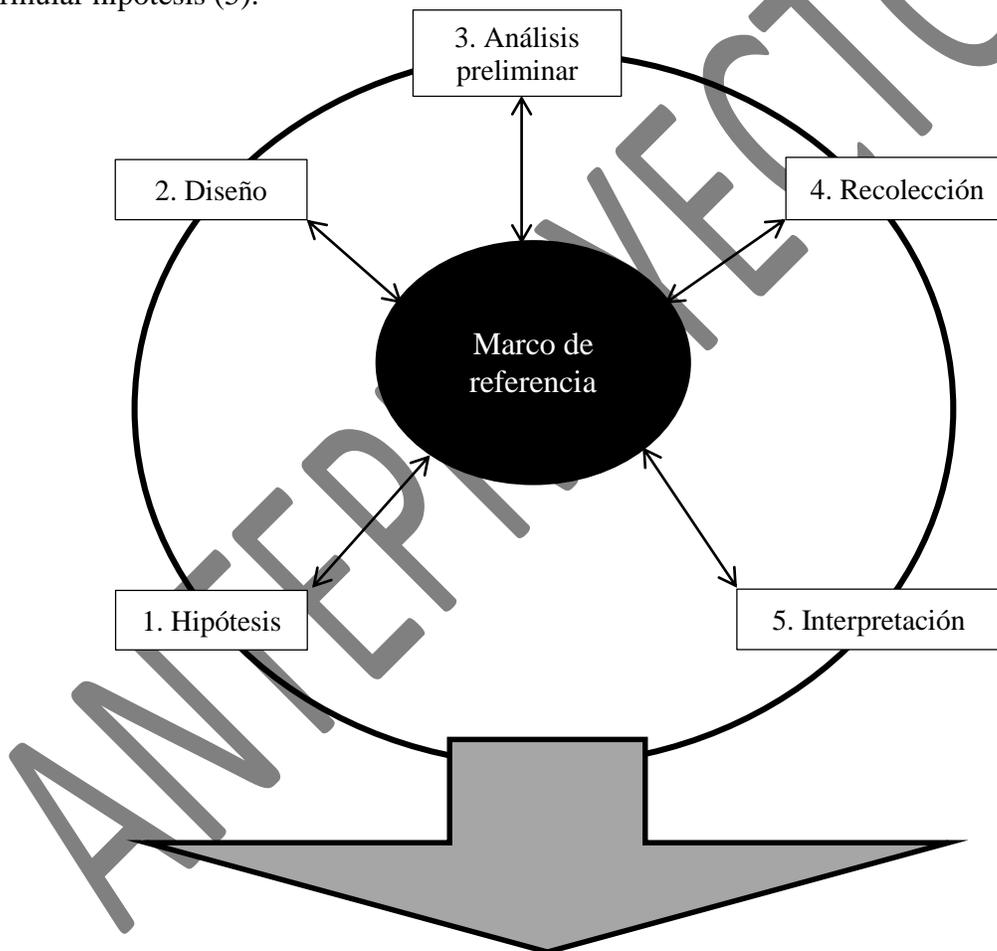
⁶⁶ Cfr. Artículo 102 de la LFCE.

⁶⁷ Cfr. Artículo 100 de la LFCE.

VIII. Diagrama

En el siguiente diagrama se observa la forma en que interactúan las etapas desarrolladas en el cuerpo del presente documento.

A través del establecimiento de un marco de referencia, se formula una hipótesis (1) y se diseña un protocolo o plan de investigación (2); posteriormente se recolecta información que permita entender las características principales de la actividad económica en la cual se focaliza la investigación (3); como paso siguiente, se define la información que se considera necesario obtener de manera formal (4); una vez obtenida la información se analiza y se compara con la hipótesis preliminar y, en su caso, se decide si hay elementos para emitir un dictamen de probable responsabilidad, de cierre de la investigación o reformular hipótesis (5).



Emisión de dictamen de cierre, de probable responsabilidad o reformulación de la hipótesis