

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2016)28

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

01-Apr-2016

Spanish - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)
FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA
Sesión II: Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas**

-- Contribución de México (COFECE) --

12-13 de abril 2016, Ciudad de México, México

Se hace circular el documento adjunto elaborado por México (COFECE) PARA SU DEBATE en la Sesión II del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 12-13 de abril 2016 en México.

Contacto: Lynn ROBERTSON, Analista Principal de Políticas, División de Competencia de la OCDE
[Tel: +33(0)1 45 24 18 77, Correo electrónico: lynn.robertson@oecd.org]

JT03393085

Complete document available on OLIS in its original format

This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

DAF/COMP/LACF(2016)28
Unclassified

Spanish - Or. English

FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA



14º Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia
12-13 de abril de 2016, Ciudad de México, México

Sesión II: Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas

-- CONTRIBUCIÓN DE MÉXICO (COFECE) --

1. Introducción

1. La Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE o Comisión) tiene el mandato de promover y proteger el proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados mediante la prevención y eliminación de prácticas monopólicas y restricciones a su funcionamiento eficiente.

2. Las prácticas monopólicas absolutas¹, también conocidas como “cárteles”, consisten en mecanismos que tienen el objeto o efecto de limitar, disminuir o eliminar la competencia entre agentes económicos que sean competidores entre sí dentro de un mercado, por medio de la fijación de precios, manipulación de la oferta de bienes o servicios, segmentación del mercado; manipulación de licitaciones públicas; o el intercambio de información con el objeto o efecto de obtener estos mismos resultados².

3. Estas prácticas son dañinas, ya que generan graves repercusiones sobre el bienestar de los consumidores provocando, por un lado, precios similares a los de un monopolio y por lo tanto mayores a los que prevalecerían en una situación de competencia y, por otro, disminuyen la cantidad de bienes o servicios ofrecidos afectando el crecimiento de la economía.

4. En México, este tipo de conductas son consideradas ilegales bajo cualquier circunstancia, es decir que son sancionables³ *per se*, toda vez que dañan inevitablemente el proceso de competencia y libre

¹ Artículo 53º de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE).

² “Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones”, COFECE, 2015, p. 7.

³ Las sanciones que corresponden a una Agente económico (personas físicas o morales) por haber cometido una práctica monopólica absoluta pueden ser de dos tipos: **i) Carácter administrativo:** multa de hasta 10% de los ingresos económicos del agente económico a personas morales, multa de hasta el equivalente a doscientas mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal SMGVDF e inhabilitación

conurrencia en el mercado en el que se efectúan. Esto significa que para sancionarlas no es necesario realizar consideraciones de ninguna especie sobre las pérdidas en eficiencia, sino que únicamente es necesario acreditar que existió el contrato, convenio, arreglo o combinación entre agentes económicos competidores entre sí con el objeto o efecto de cualquiera de las cuatro hipótesis expuestas anteriormente.

5. En muchos países alrededor del mundo el combate a estas prácticas se ha convertido en una prioridad dentro del desarrollo de la política de competencia en consideración de las grandes pérdidas provocadas a las economías nacionales y a la economía global en su conjunto. En consideración de lo anterior, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha estimado que los precios en una industria sujeta a una estructura de cártel son entre 10 y 20 por ciento mayores a lo que serían de no existir el mismo⁴. En México, especialmente desde el año 2007, la lucha contra los cárteles también ha sido considerada como prioritaria para la autoridad de competencia, llevando a la adopción de mejores prácticas internacionales para su prevención, detección y sanción.

6. Quizás el esfuerzo más relevante para hacer frente a las prácticas monopólicas absolutas en México ha sido la adopción de una política de clemencia o de reducción de sanciones⁵ por medio de la implementación del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones (el Programa)⁶. La posibilidad de reducción de sanciones encuentra su fundamento en el Artículo 103° de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) y busca facilitar la detección, investigación y sanción de las prácticas monopólicas absolutas mediante el otorgamiento de beneficios administrativos a aquellos agentes económicos o individuos que reconozcan ante la COFECE que están realizando o han realizado estas prácticas ilegales y colaboren con la autoridad. Estos beneficios administrativos son escalonados, esto significa que el primer agente económico que solicite entrar al Programa tendrá la mayor reducción de las sanciones administrativas.⁷ Por su parte, los solicitantes posteriores podrán obtener una reducción de la multa de hasta el 50, 30 o 20 por ciento del máximo permitido, siempre y cuando aporten elementos de convicción adicionales a los que ya tenga la COFECE y cumplan con los requisitos antes descritos.

7. Adicionalmente a los beneficios administrativos consistentes en la reducción de posibles sanciones, aquellas personas físicas que se acojan al Programa podrán ser favorecidas por la exclusión de la responsabilidad penal a la que podrían estar sujetas por su participación en este tipo de prácticas.

8. A fin de fortalecer la implementación del Programa, recientemente la COFECE publicó la Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones (la Guía) que pretende servir como herramienta de conocimiento para orientar a los agentes económicos sobre la forma en la que éstos pueden acceder a los beneficios a los que hace referencia el Artículo 103 de la LFCE.

para ejercer cargos directivos y de representación hasta por cinco años a personas físicas, o multa hasta por el equivalente de 180 mil veces el SMGVDF a los coadyuvantes o de **ii) Carácter penal:** prisión por un plazo de cinco a diez años y de mil a diez mil días de multa. (“Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones”, COFECE, p. 12).

⁴ Carlos Mena Labarthe, Laura A. Méndez Rodríguez y José Roldán Xopa, “Derecho de la Competencia en México”, Editorial Porrúa, México, 2015, p.502

⁵ La Ley Federal de Competencia Económica también contempla un beneficio de dispensa y terminación anticipada por condiciones para las Prácticas Monopólicas Relativas (artículos 101° y 102°), es importante mencionar que esta Contribución se refiere exclusivamente al beneficio establecido en el artículo 103.

⁶ Para mayor claridad, en México se utiliza el término “Programa de Inmunidad” en lugar de “Programa de Clemencia”.

⁷ Una vez el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal (SMGDVDF).

9. La presente contribución tiene como objetivo proporcionar: i) una breve descripción del Programa incluyendo sus objetivos, antecedentes, marco normativo, la Guía, distinción con otras medidas de aplicación de la ley y el sistema de marcadores; ii) la relación del Programa con los cárteles internacionales; iii) los resultados del Programa, y iv) algunas conclusiones sobre la relevancia y las perspectivas de este Programa en nuestro país.

2. Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones de la COFECE

2.1 Objetivos

10. La facultad de otorgar un beneficio de reducción de sanciones a cambio de la cooperación con la autoridad es una estrategia adoptada por múltiples países para fortalecer las capacidades de sus agencias de competencia⁸ en la detección y recolección de evidencia de los acuerdos colusorios para su posterior investigación y sanción. En el mundo, este tipo de programas, en términos generales, consisten en la reducción total o parcial de las sanciones que le serían aplicables a los miembros de un cártel, a cambio de información sobre su participación, evidencia y documentación que le sea útil a la autoridad para su investigación.⁹

11. En México, el Programa permite que cualquier agente económico que haya participado directamente o en representación de otro, coadyuvado, propiciado, inducido, formado parte o se encuentre realizando acuerdos ilegales con sus competidores, opte por una reducción de las sanciones que le corresponderían a cambio de **cooperar plena y continuamente** con la autoridad. El Programa, busca que los solicitantes aporten información y documentación valiosa sobre las actividades del cártel de tal forma que la COFECE cuente con mayores elementos para detectar y sancionar este tipo de conductas.

12. Lo anterior con el objetivo de contribuir al interés público con la supresión de las prácticas monopólicas absolutas, detectando con mayor facilidad su comisión y dotando a la Comisión con una herramienta adicional para investigarlas y sancionarlas en beneficio de todos los mexicanos.

2.2 Antecedentes y marco normativo del Programa

13. A lo largo de los años el marco normativo sobre el beneficio de reducción de sanciones en México ha experimentado modificaciones con las que se ha intentado incluir las mejores prácticas internacionales. De forma breve a continuación se explican las más relevantes:

- *Introducción del Programa:* En junio del 2006 se realizaron importantes reformas a la Ley Federal de Competencia Económica que incorporaron algunas de las mejores prácticas internacionales en materia de política de competencia. En el Artículo 33 bis 3 de dicha Ley, se previó la existencia del beneficio de reducción de sanciones, se facultó a la Comisión para reducir las sanciones de aquellos que proporcionaran elementos suficientes para demostrar la existencia de acuerdos anticompetitivos y se elevó el monto de las sanciones aplicables. Asimismo, y a fin de fortalecer su consolidación, en 2007, se creó una nueva Dirección General de Investigaciones de Prácticas Monopólicas Absolutas y se llevó a cabo la promoción activa del Programa.
- *Fortalecimiento del Programa:* En 2011, se llevaron a cabo nuevas reformas a la legislación que dotaron a la Comisión con la capacidad de realizar visitas de verificación no anunciadas, se

⁸ Carlos Mena Labarthe, Laura A. Méndez Rodríguez y José Roldán Xopa, “Derecho de la Competencia en México”, Editorial Porrúa, México, 2015, p.502

⁹ International Competition Network (ICN) “Anti-Cartel Manual: Drafting and implementing an effective leniency policy”, ICN CWG Subgroup 2: *Enforcement Techniques*, 2014, p. 4

incrementó una vez más el monto de las sanciones establecidas y la comisión de prácticas monopólicas absolutas se tipificó como delito en el Código Penal Federal. Con estas acciones, se fortaleció el Programa al aumentar el riesgo de detección de cárteles y la severidad de las sanciones que incluyeron, por primera vez, el aspecto penal para aquellas personas físicas participes en una actividad colusoria.

- *Reforma Constitucional:* En 2013, se creó la actual COFECE como órgano constitucional autónomo con atribuciones ampliadas.¹⁰ Asimismo, en 2014, se publicó una nueva LFCE con sus Disposiciones Regulatorias y se realizaron las reformas pertinentes al Código Penal Federal para permitir a la COFECE eliminar la pena corporal a quien satisfactoriamente se adhiera al Programa¹¹. La nueva LFCE, en su artículo 103, contempla el beneficio de reducción de sanciones el cual contiene algunas modificaciones y retoma los aspectos generales de los años anteriores.

14. En este sentido, el marco normativo del Programa en México está compuesto por i) la LFCE (específicamente el artículo 103), y ii) las Disposiciones Regulatorias¹² de la LFCE.

2.3 Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones

15. En cumplimiento de la LFCE, en 2015 la COFECE publicó la *Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones* (la Guía) con el objeto de proporcionar a los agentes económicos y público en general una herramienta de orientación sobre la manera en que se reciben, analizan y resuelven las solicitudes presentadas para ser acreedores del beneficio de reducción de sanciones y, en su caso, exención de cualquier responsabilidad penal a los que se enfrentarían por haber incurrido en una práctica monopólica absoluta.

16. La Guía, que acompaña el marco normativo de la COFECE en materia del beneficio de reducción de sanciones, busca precisar y transparentar la forma y los procedimientos aplicables en su ejecución, como consecuencia, otorga mayor seguridad y certeza legal a todos los interesados.

2.4 Distinción con otras medidas de aplicación de la ley

17. La secrecía y sofisticación de los cárteles presentan un importante obstáculo para la detección, investigación y sanción de los cárteles, y en respuesta a estos retos la COFECE utiliza el Programa como una herramienta novedosa en su estrategia por romper con el sigilo y estabilidad de los mismos. La lógica detrás de la implementación de este Programa, es proporcionar incentivos para que los miembros de un cártel, con tal de escapar de su castigo, confiesen su participación y aporten información sobre la conducta ilícita. Lo anterior, con el objetivo facilitar las condiciones para que algunos de los agentes económicos

¹⁰ La nueva Ley Federal de Competencia Económica (2014) prevé un esquema de pesos y contrapesos en el que se dispone la separación entre la autoridad que conoce la etapa de investigación (Autoridad Investigadora) y la que resuelve en los procedimientos que se sustancian en forma de juicio.

¹¹ El Código Penal Federal en su artículo 254bis establece que se sancionará con prisión de 5 a 10 años, a quien realice prácticas monopólicas absolutas. Sin embargo, con fundamento al artículo 103 del LFCE, no existirá responsabilidad penal para los agentes económicos que se acojan al beneficio a que se refiere el mismo artículo, previa resolución de la COFECE que determine que cumple con los términos establecidos en dicha disposición y las demás aplicables.

¹² Las Disposiciones Regulatorias 114, 115, y 116 en sus artículos desarrollan los elementos del Programa abordados en la Ley (sujetos, objetos y elementos formales y temporales), el procedimiento para solicitar el beneficio, el orden cronológico a considerar el momento de la presentación de las solicitudes y el porcentaje de la reducción de la multa aplicable, entre otros elementos del Programa de Inmunidad.

participantes confiese ante la autoridad de competencia y los descubra, minando así la confianza, factor que es fundamental para la subsistencia de cualquier cártel. Por lo tanto, esta estrategia busca convertirse en una carrera a la puerta de la autoridad, entre los participantes de un cártel generándose los incentivos suficientes para que el Programa sea una herramienta eficaz y premiando a aquellos agentes económicos que sean los primeros en reportar un cartel determinado, que en comparación a otros mecanismos de investigación, permite de una manera sencilla y con un menor costo la detección e investigación de los cárteles.

18. Dentro de los factores que hacen que el Programa se distinga de otras medidas de aplicación de la ley o mecanismos de investigación se encuentran:¹³

- *Disuasión:* La participación en los cárteles se vuelve menos atractiva al ser mayor el riesgo que uno de los miembros acuda a la autoridad de competencia y reporte la existencia del cártel.
- *Detección:* Le permite a la autoridad de competencia descubrir cárteles a partir de los reportes de los solicitantes de inmunidad.
- *Sanción:* Permite una aplicación eficaz de las sanciones al contar con mayor y mejor evidencia sobre el cártel, que sería difícil de obtener por otros medios.
- *Cese:* Los cárteles detienen su operación porque uno o más participantes se salen del mismo, ya sea porque se adhieren al Programa o bien porque están preocupados de que alguien más lo haga.
- *Cooperación:* Facilita la cooperación internacional en las investigaciones de cárteles ya que permite que el solicitante de inmunidad señale en qué otras jurisdicciones se ha adherido al Programa y que otorgue a la autoridad un *waiver*¹⁴ permitiendo la comunicación entre esa agencia de competencia.

2.5 Sistema de Marcadores y otorgación de descuentos

19. Las solicitudes para la admisión al Programa pueden ser presentadas por cualquier persona física o moral, que esté incurriendo o haya incurrido, participado o coadyuvado en una práctica monopólica absoluta. El momento para la presentación de la solicitud puede ser antes de iniciada una investigación o después de iniciada en cualquier momento hasta antes de la emisión del acuerdo de conclusión de la investigación.

20. Las solicitudes deben presentarse ante la Autoridad Investigadora (AI) de la COFECE, por medio de correo de voz o bien, enviando un correo electrónico en la que se señale de manera expresa su deseo de acogerse al Programa, se proporcionen datos suficientes para que la autoridad pueda establecer contacto con el interesado o su representante y se especifique la industria o el mercado y/o bienes o servicios que son objeto de dicha solicitud.

¹³ International Competition Network, “Anti-Cartel Enforcement Manual: Drafting and Implementing an effective leniency policy”, ICN CWG Subgroup 2: Enforcement Techniques, 2014, p.8.

¹⁴ Un *waiver* es un documento que es firmado por el solicitante del Programa de Inmunidad, en el que éste expresa su consentimiento escrito en torno al poder que tiene la autoridad de competencia de compartir la información recabada con otra agencia de competencia.

21. Las solicitudes presentadas serán atendidas en orden cronológico mediante la asignación de una clave alfanumérica¹⁵ y el otorgamiento de un marcador. La clave servirá para identificar y dar certidumbre del lugar del interesado mientras que, el marcador indicará el tiempo que el solicitante puede apartar el orden cronológico en el que hizo su solicitud, mismo que transcurre desde el momento en que se asigne la clave hasta que la AI evalúe la suficiencia de la información proporcionada por el solicitante. Mientras un solicitante mantenga el marcador por un bien, producto o servicio específico, ningún agente económico podrá tomar su lugar en relación con los mismos, aun cuando se encuentren en la posibilidad de cubrir con los requisitos de información y evidencia de manera inmediata.

22. Una vez que concluya el tiempo proporcionado por la AI al solicitante a efecto de que reúna y ordene la información que presentará, se celebrará una reunión en la fecha, hora y lugar indicado con la finalidad de que se entregue toda la información y documentos con que se cuenta y que respalden el reconocimiento y su participación en una práctica monopólica absoluta. La evaluación de la solicitud de la AI dependerá, entre otras cosas, de la información con la que previamente cuente, la existencia de una investigación abierta en el mercado relacionado con el bien o servicio que se reporta; y el avance de la investigación que, en su caso, se esté tramitando en relación con la o las prácticas reconocidas por el solicitante.

23. Concluida la evaluación, la AI informará al solicitante respecto a la suficiencia de la información y, según sea el caso, le notificará la cancelación de su solicitud mediante el *Acuerdo de cancelación de clave y solicitud*¹⁶ o le otorgará de forma condicional los beneficios del Programa por medio del *Acuerdo condicional de inmunidad y reducción de sanciones*¹⁷, mismo que estará sujeto a su cooperación plena y continua hasta que se dé por finalizado el proceso¹⁸.

24. En caso de que el solicitante no coopere de manera plena, la AI emitirá un Acuerdo que revoca los beneficios del Programa y se lo comunicará al solicitante. Sin embargo, la información aportada por el solicitante y que obre en el expediente de la investigación que corresponda, no le será devuelta y podrá ser usada en el dictamen de probable responsabilidad que presente la AI en el procedimiento seguido en forma de juicio y en la resolución del Pleno de la COFECE.

¹⁵ La Clave será construida con base en la fecha y hora de recepción de la solicitud y con ella se facilitará guardar la confidencialidad de la identidad del Solicitante.

¹⁶ Cuando la información y documentos no sean suficientes para el inicio de una investigación o presunción de la existencia de una práctica monopólica absoluta. En este caso, todos los documentos entregados por el solicitante a la COFECE serán devueltos con el objetivo de no ser usados.

¹⁷ Cuando la información y documentos sean suficientes para el inicio de una investigación o presunción de una práctica monopólica absoluta. El *Acuerdo Condicional de Inmunidad* indicará el orden cronológico en el que llegó la solicitud, el porcentaje de reducción de la multa que se aplicaría en caso de que se sancione la práctica conforme al establecido y las obligaciones de cooperación plena y continua del Solicitante.

¹⁸ Entre las acciones que conlleva una cooperación plena están: guardar confidencialidad de la información que fue entregada a la COFECE en el trámite de su solicitud para acogerse al Programa en tanto no se publique el Acuerdo de inicio; terminar su participación en el desarrollo de la práctica monopólica absoluta reportada e investigada, salvo indicación de la AI; cuando así lo considere la AI, se podrán señalar al solicitante obligaciones específicas en relación con la terminación de la conducta; responder y entregar de forma oportuna información y documentos que le sean requeridos durante la investigación; permitir y participar en la realización de las diligencias y actuaciones de la AI, incluyendo, sin limitar, visitas de verificación, comparencias y notificaciones de diversos actos; realizar las acciones necesarias para asegurar la participación de los individuos involucrados en las conductas reportadas y no destituir, falsificar u ocultar información.

25. Es importante destacar que, en todo momento y a fin de generar certidumbre a los interesados, la COFECE se compromete a garantizar la confidencialidad estricta sobre la identidad de los solicitantes al Programa.¹⁹

26. De igual forma, los solicitantes tienen la obligación de guardar confidencialidad de la información entregada a la Comisión en el trámite de su solicitud para acogerse al Programa, así como de la cooperación que realiza en el proceso de investigación.

27. La adopción del sistema de marcadores por parte de COFECE ha incidido favorablemente en el funcionamiento del Programa en tanto que ha fomentado una contienda de auto-denuncia entre los participantes de un cártel; otorga certeza entre los solicitantes interesados; proporciona la posibilidad de que los solicitantes den el primer paso y demuestren a la autoridad de competencia su voluntad de cooperación; así como permitir a la Comisión limitar el tiempo para considerar una solicitud como seria y comprometida.²⁰

3. Los Cárteles Internacionales y el Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones en México

28. La globalización ha implicado un incremento notable en el comercio internacional y de acuerdo a los señores Antonio Capobianco, John Davies y Sean F. Ennis de la OCDE en su trabajo de investigación de fecha 20 de junio de 2014 titulado “*Implication of Globalisation for Competition Policy: The Need for International Co-operation in Merger and Cartel Enforcement*”, las autoridades de competencia han aumentado sus actividades en relación a los cárteles y concentraciones internacionales entre 250 y 466 por ciento desde la década de los 90.

29. Desde hace más de 20 años la COFECE ha realizado investigaciones de carteles, notablemente en el año 1999 investigó un cartel en el mercado de las vitaminas que había sido descubierto y sancionado previamente en los Estados Unidos. Para la COFECE esta investigación representó un importante momento en el desarrollo de las investigaciones de cárteles internacionales en tanto que los daños provocados por estas prácticas anticompetitivas fueron identificados con precisión y esto resultó en la redefinición de los esfuerzos para combatir estas conductas. Desde el cártel de las vitaminas, la COFECE ha continuado con sus esfuerzos de combatir a los carteles internacionales y el Programa ha jugado un papel central para brindar incentivos para que las conductas con una dimensión multi- jurisdiccional con afectaciones en la economía nacional sean reportadas en México.

30. El compromiso de la COFECE para combatir los cárteles internacionales no ha sido motivado únicamente por la inercia internacional, sino que además hay un claro entendimiento de las afectaciones nocivas que estas conductas tienen en los mercados nacionales. Diversos estudios muestran que en promedio los sobreprecios que los cárteles internacionales implican para los consumidores es de alrededor del 25 por ciento.²¹ Estos estudios también muestran que los cárteles suelen ser más agresivos en aquellos países con esfuerzos de detección y combate menos desarrollados y esto se refleja a través del incremento en el volumen de exportaciones hacia dichos países.²² En resumen, esto significa no solo que los cárteles

¹⁹ La LFCE en sus artículos 124 ° y 125 ° contiene disposiciones sobre las responsabilidades de los servidores públicos en cuanto al manejo de información marcada como confidencial.

²⁰ COFECE, “Use of Markers in Leniency Programs”, OECD Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 21 Nov 2014, p.4.

²¹ Levenstein, Margaret C., y Valerie Y. Suslow., *International Cartels*. Competition Law and Policy (ABA Section of Antitrust Law 2008), p. 1110.

²² Clarke, Julian L. y Simon J. Evenett, *The deterrent effects of national anticartel laws: evidence from the international vitamins cartel*, The Antitrust Bulletin/Fall 2003, pp. 717-718.

venden mayores cantidades en los países con menor detección y combate, sino también que los niveles de los sobrepuestos exceden a aquellos en países con altos niveles de detección y combate. Debido a estas razones la COFECE ha establecido la prioridad de mandar una señal inequívoca de que los cárteles internacionales serán detectados e investigados en México.

3.1 *Los carteles internacionales y el requisito jurisdiccional en México*

31. En términos sustantivos, la LFCE no distingue entre un cártel nacional y uno internacional, el término “**Prácticas Monopólicas Absolutas**” se utiliza independientemente de la dimensión de la conducta y con ello se persiguen los mismos objetivos.²³

32. De conformidad con el artículo 1 de la LFCE su ámbito de aplicación es, “(...) *aplicable a todas las áreas de la actividad económica y de observancia general en toda la República.*” [Énfasis añadido]. Adicionalmente, el artículo 2 de la LFCE establece que tiene por objeto, “(...) *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 económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados*” [Énfasis añadido]. Estas dos disposiciones son esenciales en el contexto de los cárteles internacionales en tanto que le permiten a la COFECE asumir jurisdicción y por tanto investigar, combatir y perseguir con eficacia las prácticas anticompetitivas que puedan tener una afectación sobre la *actividad económica en la República Mexicana*, implicando *restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados*.

33. Interpretados en consideración de estas disposiciones, cualquier contrato, convenio, arreglo o combinación entre Agentes Económicos competidores entre sí que tenga una afectación sobre la actividad económica en México reuniría el **requisito jurisdiccional** necesario para impulsar la actuación de la autoridad. Entonces, la COFECE puede asumir jurisdicción con fundamento en la LFCE cuando algún cartel realizado en el extranjero tenga una afectación directa o indirecta sobre la actividad económica en México.²⁴

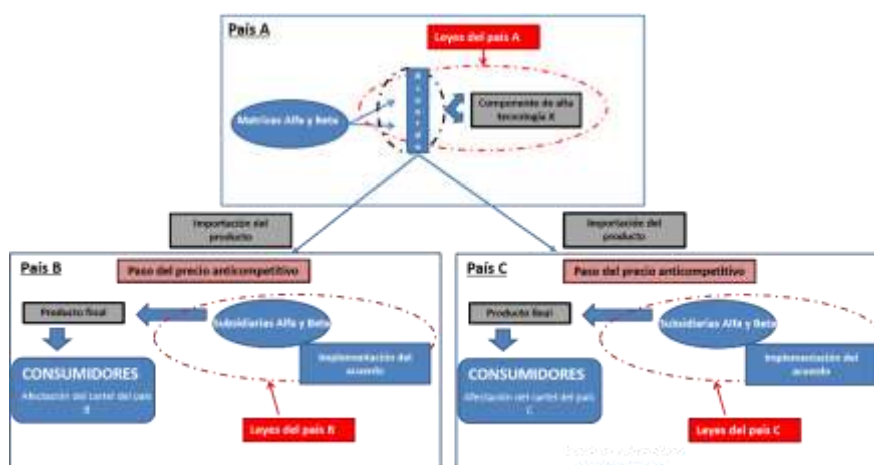
3.2 *Solicitudes de carteles internacionales al Programa*

34. Un cártel internacional normalmente se estructura por medio de acuerdos colusorios tomados por sociedades matrices mundiales que son implementados a través de sus múltiples filiales o subsidiarias provocando afectaciones en terceros países (incluso son acuerdos respecto de los cuales las filiales o subsidiarias no tienen conocimiento e implementan por órdenes de la matriz). Esta estructura incide en la manera en que dichas empresas pueden acudir a buscar el beneficio de reducción de sanciones en México, por lo que se debe considerar que muchas veces estas solicitudes al Programa son una consecuencia de acuerdos de clemencia con otras autoridades alrededor del mundo es decir, las solicitudes son parte de estrategias globales de búsqueda de clemencia. Es importante que las autoridades de competencia de Latinoamérica y el Caribe estén conscientes de la forma en que se estructuran estas prácticas y de la manera en que se puede dar trámite efectivo a las solicitudes de reducción de sanciones o clemencia recibidas en este sentido.

²³ James M. Griffin, “An inside look at a cartel at work: Common characteristics of international cartels”, disponible en, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/4489.htm>

²⁴ Otro ejemplo del tratamiento que da la LFCE a los actos extranjeros que impactan en la actividad económica en la República Mexicana es el requisito bajo el régimen de control de concentraciones que establece lo siguiente: Artículo 87.- “(...) **Las concentraciones derivadas de actos jurídicos realizados en el extranjero, deberán notificarse antes de que surtan efectos jurídicos o materiales en territorio nacional**” [Énfasis añadido].

35. A continuación se proporciona una descripción gráfica del fenómeno de cárteles internacionales observado por la COFECE:



36. En el caso del Programa de la COFECE, para que un Agente Económico participante en un cártel internacional pueda acceder a los beneficios de reducción de sanciones previstos en el artículo 103° de la LFCE debe proporcionar los elementos probatorios que acrediten la existencia del acuerdo así como la afectación a los mercados nacionales o a alguna actividad económica en el territorio nacional de la supuesta conducta anticompetitiva (por ejemplo, correos electrónicos en donde se establezcan los acuerdos o se intercambie información, el lugar de producción del bien en cuestión, el agente económico que lleva a cabo la producción, la cadena de comercialización o distribución mediante la cual el bien en cuestión llega al territorio nacional, los agentes económicos que intervienen en dicha cadena, la fracción arancelaria mediante la cual se importan o se exportan al territorio nacional, etc).

37. Por otro lado, una solicitud debería contener todos los elementos para identificar y conocer al grupo de interés económico del que forme parte el solicitante y los elementos que identifiquen el papel que jugó cada agente económico de dicho grupo²⁵ (por ejemplo, los reportes anuales del grupo de interés económico, la FORM 20-F que presentan ante la *Securities and Exchange Commission* de los EE.UU., las actas constitutivas y los estatutos vigentes, etc.). De preferencia, el solicitante debe presentar una descripción de la supuesta conducta ilegal que contenga los siguientes elementos: i) que la conducta señalada constituya un acuerdo prohibido; ii) el producto objeto del supuesto acuerdo; iii) los agentes económicos que forman o formaron parte del supuesto acuerdo; iv) el periodo en el cual estuvo vigente el supuesto acuerdo; v) el lugar en el cual se llevó a cabo el supuesto acuerdo, y vi) la probable afectación a los mercados nacionales o a alguna actividad económica en el territorio nacional.

38. Para estos casos, la COFECE puede pedir al solicitante, dentro del marco de la cooperación internacional, un *waiver*²⁶ que le permita eximirse de su obligación de confidencialidad en relación con la solicitud y compartir la información recabada con otras agencias de competencia.

²⁵ Guía para la notificación de concentraciones, COFECE, Acuerdo Núm. **CFCE-247-2015**, p. 8, “Para considerar que existe un grupo de interés económico y que diversas personas pueden ser consideradas como un solo agente económico para efectos de la LFCE, se debe analizar si una persona, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva o control sobre la otra, ya sea en los hechos (de facto) o como consecuencia de actos jurídicos (de iure).”

²⁶ Un *waiver* debe contener información sobre: el otorgante, beneficiario, ámbito de aplicación, naturaleza de la información que es permitida y las condiciones de la administración de la información.

4. Resultados

39. La evaluación de efectividad de cualquier programa de reducción de sanciones es de gran relevancia debido a que el éxito o fracaso de estos instrumentos depende del nivel de transparencia, certidumbre legal y diseño de incentivos que la autoridad logre transmitir a los particulares. Esto quiere decir que las autoridades deben de ser autocríticas y entender que un sistema bien diseñado e implementado incide directamente en el número de solicitudes recibidas y por ende el número de carteles fragmentados.

40. Por otro lado, el aspecto legislativo también debe brindar los incentivos adecuados. En México, la Reforma a la LFCE de 2014 otorgó mejores herramientas a la COFECE y mejoró el diseño institucional para aumentar la probabilidad de que las multas sean impuestas y con ello contribuir a que verdaderamente sirvan como una herramienta disuasoria. En un escenario en donde M es igual a la posible Multa que podría enfrentar un cartelista, B es igual al Beneficio obtenido por cada cartelista por una práctica anticompetitiva y P es igual a la probabilidad de detección e imposición de la multa por parte de la autoridad, podemos afirmar que hoy en día la COFECE busca garantizar una situación de; $M(P) \geq B$.

41. En este sentido, el Programa resalta sobre otros mecanismos de investigación utilizados por la COFECE en tanto que se ha observado un notable incremento en el número de solicitudes pasando de 4 en 2014 a 18 en 2015. La mayoría de éstas le han dado la oportunidad a la COFECE de allegarse de información importante que ha reforzado sus investigaciones o permitido el inicio de investigaciones trascendentes para así combatir importantes cárteles, tanto nacionales, como internacionales²⁷.

42. El nivel de transparencia, certidumbre legal y diseño de incentivos en la implementación del Programa han hecho que durante 2015 se hayan logrado resultados que justamente hablan de su efectividad. Prueba de estos podría ser el incremento en la proporción de solicitudes provenientes de carteles nacionales e internacionales. Mientras que en años anteriores, se registraba una mayor proporción de solicitudes derivadas de carteles internacionales a consecuencia de la inercia global por prácticas anticompetitivas en determinadas industrias, en 2015 el número de solicitudes provenientes de carteles nacionales representó una proporción notable, lo cual puede ser apreciado en la gráfica que se muestra a continuación.



²⁷ Carlos Mena Labarthe, Laura A. Méndez Rodríguez y José Roldán Xopa, “Derecho de la Competencia en México”, Editorial Porrúa, México, 2015, p.525

5. Conclusiones

43. Los beneficios que generan los programas de inmunidad son muchos. Por un lado, permiten a las autoridades obtener toda clase de información confiable que no podrían obtener de otro modo, a la vez que genera ahorros en el costo de recolección de la misma. Asimismo, estos programas ayudan a desincentivar la creación de nuevos cárteles por el elemento de inestabilidad e incertidumbre que generan ante la posibilidad de que alguno de sus miembros traicione al resto a fin de evadir sanciones.

44. En México, desde su implementación, los resultados del Programa han sido en buena medida satisfactorios ya que cada vez más los agentes económicos son conscientes de los beneficios y las ventajas que brinda el acogerse. Sin embargo, aún queda camino por recorrer, por lo que a fin de contar con un Programa eficiente, se deben tener en cuenta los siguientes elementos:²⁸

- Asegurar que las sanciones más altas posibles, y otras consecuencias negativas, sean aplicadas a los participantes del cártel que no cooperan con la autoridad.
- Asegurarse de que los agentes económicos cooperadores con la autoridad no obtengan desventajas por su esfuerzo es decir, en la medida en que un solicitante cumple con los requisitos establecidos la autoridad debe brindar garantías de que recibirá los beneficios correspondientes.
- Generar certidumbre sobre el uso de la información entregada por el solicitante en caso de que se negara la reducción de sanciones y/o no se abriera la investigación.
- Determinar claramente las condiciones que existen para recibir los beneficios del Programa (cooperación principalmente).
- Establecer claramente los beneficios que se le otorgarán al solicitante o solicitantes, incluyendo a las personas físicas.

45. Además de estos elementos, resulta necesario lograr una mayor y eficaz cooperación internacional que, en conjunto con la existencia de programas de reducción de sanciones o clemencia a nivel global, permita un adecuado combate contra los cárteles internacionales. Lo anterior tomando en cuenta que un mercado competitivo, libre de cárteles u otras prácticas anticompetitivas, resulta fundamental para garantizar el crecimiento sostenido de las economías y lograr que los beneficios de este crecimiento alcancen a todos los segmentos de la población.

²⁸

Ibíd. p. 509