

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2017)34

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

29-Mar-2017

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 I: Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley**

-- Contribución de México --

4-5 de abril 2017, Managua, Nicaragua

*Se hace circular el documento adjunto elaborado por México (COFECE) PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 4-5 de abril 2017 en Nicaragua.*

Lynn ROBERTSON, Coordinadora de Relaciones Globales, División de Competencia de la OCDE  
[Tel: +33(0)1 45 24 18 77, Correo electrónico: [lynn.robertson@oecd.org](mailto:lynn.robertson@oecd.org)]

JT03411672

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(2017)34  
Unclassified

Spanish - Or. English

# FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA



15º Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia  
4-5 DE ABRIL DE 2017, Managua, Nicaragua

## Sesión I: Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley

\*\*\*

### -- CONTRIBUCIÓN DE MÉXICO (COFECE)\* --

#### 1. Las sanciones en materia de competencia en México

1. La Comisión Federal de Competencia Económica toma sus facultades de la Ley Federal de Competencia Económica, que le permite prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

2. Para ello, la Comisión cuenta con diversos tipos de herramientas, dentro de las cuales se encuentran la imposición de sanciones por prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, concentraciones no notificadas, entre otras.

3. La Ley de Competencia prevé diversos tipos de procedimientos que pueden derivar en sanciones, tales como el procedimiento de investigación para sanciones por prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas; procedimientos especiales para las concentraciones no notificadas; procedimientos incidentales (breves procedimientos dentro de procedimientos más extensos que permiten sancionar conductas como falsedad de declaraciones), o imponer multas como medidas de apremio (en caso de solicitudes de información).

4. Sólo las prácticas monopólicas absolutas pueden ser sancionadas criminalmente, aunque esto no es facultad de la COFECE, quien únicamente tiene facultades para dar vista a la autoridad competente y sólo está facultada para imponer sanciones administrativas.

#### 2. Criterios constitucionales y legales para imponer sanciones

5. En todos los casos de imposición de sanciones, la Comisión debe considerar elementos constitucionales y legales para evitar violaciones a seguridad jurídica y legalidad. Estos criterios son principalmente fundamentación, motivación y proporcionalidad.

---

\* Contribución de la Comisión Federal de Competencia Económica.

6. Además de que la sanción deba guardar proporción con la conducta que se sanciona, la Ley impone ciertos requisitos que la Comisión debe tomar en cuenta al momento de imponer sanciones. Estos elementos conforman la gravedad de la conducta y consisten en: i) indicios de intencionalidad; ii) la participación del infractor en los mercados; iii) el tamaño del mercado afectado; iv) la duración de la práctica o concentración; v) la capacidad económica del infractor; vi) la afectación al ejercicio de las atribuciones de la Comisión; y por último, vii) el daño causado.

7. La Ley de competencia señala multas máximas en cada caso, por lo que determinar qué monto sancionar dentro de ese margen de acción debe hacerse con la mayor objetividad posible. Para esto sirve el cálculo aproximado del daño.

### **3. El papel del daño en las sanciones bajo la Ley de Competencia en México**

8. El daño causado se calcula dependiendo de la conducta que se realice. Ya que la Ley obliga a considerar este elemento, el daño se considera en la imposición de sanciones a todo tipo de práctica.

- Casos de concentraciones no notificadas, incidentes de incumplimiento o multas como medida de apremio – suele medirse el daño en función del daño a las atribuciones de la Comisión (en estos casos, no todos los criterios mencionados son aplicables, pues técnicamente no se daña al mercado – de hecho, una concentración no notificada no puede juzgar sobre el mercado, pues debe haber una investigación del órgano autónomo de investigación).
- Daño por prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas – en este caso, es muy importante considerar que el daño que se provoca es el daño al proceso de competencia y libre concurrencia. Suele ser confundido como daño al consumidor, sin embargo no lo es. Lo que pasa es que el daño al consumidor es el que se intenta medir en la imposición de sanciones porque es el daño más fácil de cuantificar o de medir.

### **4. Diferencias entre el daño al consumidor y el daño al proceso de competencia**

9. La COFECE no tiene facultades para determinar daños al consumidor (para eso está la agencia de protección al consumidor).

10. La razón por la que se mide el daño es porque es necesario tener un criterio para graduar la multa dentro del máximo que establece la Ley, y es necesario hacerlo cumpliendo con el principio de proporcionalidad y con la Ley, que pide que se considere este elemento. No obstante, siempre se aclara que el daño se mide sólo para efectos de la sanción y que este es sólo un aproximado de la afectación cuantificable.

11. El daño cuantificable es menor que el daño total generado, ya que éste último se da sobre el proceso de competencia en general, el cual es inmedible pues afecta muchos factores imposibles de verificar, ya que esto implica un ejercicio de suponer lo que hubiera pasado en caso de no haberse dado la conducta anticompetitiva.

### **5. Retos en el cálculo del daño al proceso de competencia**

12. Medir el daño en casos de afectación al proceso de competencia (por prácticas o concentraciones ilícitas) presenta diversos retos:

- En cada caso varían mucho las variables que permiten cuantificarlo. A veces se tiene clara la duración, a veces el sobreprecio, a veces el tamaño del mercado, a veces ninguna.

- No siempre existen datos que permitan un cálculo adecuado. Toda ecuación necesita información. No es lo mismo un mercado bancario que uno de tortilleros en términos de estadísticas, información pública, declaraciones de impuestos, estados de resultados etcétera.
- Si se pretende calcular desde la investigación puede ser un problema, pues se incluiría en la imputación y ésta no puede variar por principio de seguridad jurídica. Esto quiere decir que no podrían cambiar los parámetros de la sanción y se desaprovecharían los elementos de convicción obtenidos después, principalmente mediante las contestaciones al dictamen de probable responsabilidad. Además, los agentes económicos atacarían esa forma de poner sanción y abriría frentes litigiosos.
- La práctica de atacar la probable sanción cada vez es más usual, lo que obliga a tener criterios más sofisticados.
- Existen mercados muy particulares, como mercados donde no puede subir el precio por regulación del gobierno, mercados donde la oferta es fija, mercados con diferentes elasticidades, etc.

## 6. Sobreprecio

13. El principal criterio que se utiliza es el del sobreprecio (“*overcharge*”). Este concepto consiste en cualquier ganancia obtenida por el cartelista que no hubiera obtenido en ausencia de la conducta ilegal.

14. Las formas de medir el sobreprecio varían también caso por caso. Principalmente puede dividirse en:

- Analizar el precio a nivel competitivo previo a la práctica. Éste es difícil en prácticas de mucha duración hacia el pasado o que históricamente no han tenido una libre competencia, o bien, en mercados donde es difícil obtener registros históricos.
- Analizar el precio a nivel competitivo posterior a la práctica. La complejidad de este método radica en que posterior a la práctica, es difícil que se hubiere llegado a precios competitivos rápidamente porque los efectos de una práctica (en particular absoluta) en el mercado pueden durar mucho tiempo, por lo que la muestra está “contaminada” otra vez.
- Analizar el precio en competencia de un mercado similar (“*yardstick method*”). Este es difícil pues por un lado, siempre los agentes económicos pueden alegar que el mercado tomado como referencia cuenta con características distintas al mercado afectado por la práctica. Otro problema es que estudios indican que los mercados relacionados sufren impactos rápidamente derivados de prácticas en mercados con competidores coludidos.
- Modelos económicos. Éste es un método complejo que presenta aún retos de credibilidad ante jueces. Suele ser el método que se utiliza cuando todos los demás fallan, pero debe existir información disponible.
- Analizar competidores en el mismo mercado que no sean parte de la colusión y tomar su precio como referencia.
- Ante estas dificultades, la COFECE ha incurrido en metodologías alternativas, teniendo como última opción la de estimar el sobreprecio con base en artículos y estudios (reduciéndolo un poco en “*beneficio*” de los agentes económicos sancionados).

## 7. Distintas teorías sobre el sobreprecio

15. El sobreprecio es un tema discutible: una perspectiva es que sólo puede existir sobreprecio cuando el precio sube. La otra ve al sobreprecio como un concepto más amplio que implica que no es necesario subir el precio para obtenerlo, pues puede mantenerse un mismo precio pero bajar la calidad de un producto o servicio en virtud de un cártel y en sentido estricto, el precio habrá subido. Al final, la postura de la COFECE ha sido que se sanciona con base en un sobreprecio, pero al final puede optarse por cualquier teoría siempre que se reconozca que no es necesario subir el precio nominal de un producto o servicio para tener una utilidad indebida por un cártel. Esta utilidad, además, es sólo un aspecto medible de la totalidad del daño generado al proceso de competencia. El daño cuantificable no es el efecto total de la práctica (existen cárteles que sólo por su objeto, sin ser implementados, dañan al mercado). Al sancionar sólo por el objeto de cometer la práctica, la Ley de competencia en México reconoce esta realidad.

16. El sobreprecio o la utilidad indebida pueden ser obtenidas por quien comete la práctica, pero han existido casos en los cuales el primer beneficio directo de un cártel lo recibe otro agente económico, usualmente en otro escalón de la cadena de producción. En estos casos, se considera que la utilidad indebida se traslada eventualmente a quien comete la práctica, y el cálculo del daño suma todas las utilidades indebidas generadas por el cártel (no es necesario que quien comete la práctica absorba la utilidad indebida, mientras le utilidad indebida generada le sea atribuible a su conducta).

## 8. El daño en cárteles internacionales

17. El daño en cárteles internacionales juega un papel distinto, porque contrario a los cárteles nacionales, es necesario que exista un daño observable dentro del territorio nacional para poder tener un nexo causal con la jurisdicción mexicana.

## 9. Criterios de disuasión

18. El daño cuantificable muchas veces prevé la utilidad obtenida por quien cometió la práctica. Derivado de que las sanciones son fundamentalmente disuasivas, es útil medir un aproximado de la utilidad generada por quien comete la práctica. El criterio de la COFECE históricamente ha sido multiplicar por dos este monto (el daño cuantificable) en caso de conductas graves y dicho monto multiplicarlo por dos otra vez en caso de que la conducta sea intencional.

## 10. Experiencia reciente

19. El sobreprecio en el mercado de transportes de Chiapas se determinó fácilmente porque se tenían los acuerdos subiendo el precio, por lo que se veía en el acuerdo el sobreprecio.

20. El sobreprecio en el mercado de navieras de Quintana Roo fue determinado mediante un competidor disruptivo (*maverick*) que llegó al mercado después de años de colusión. La práctica se ha sancionado dos veces a distintos agentes económicos. Algunos fueron reincidentes.

21. El sobreprecio en el mercado de compresores herméticos se obtuvo comparando el precio en colusión con el precio posterior a la práctica.

22. En la concentración no notificada, se señaló que el daño es a las facultades preventivas de la COFECE, generado por poner en riesgo el proceso de competencia.

## ANEXO

### Las sanciones que puede imponer la COFECE

La Comisión podrá aplicar las siguientes sanciones:

- Ordenar la corrección o supresión de la práctica monopólica o concentración ilícita;
- Ordenar la desconcentración parcial o total de una concentración ilícita, la terminación del control o la supresión de los actos;
- Multa hasta 175 mil UMAs,<sup>1</sup> aproximadamente USD\$ 660.8 mil,<sup>2</sup> por haber declarado falsamente o entregado información falsa a la Comisión;
- Hasta 10% de los ingresos del infractor, por prácticas monopólicas absolutas;
- Hasta 8% de los ingresos del infractor, por prácticas monopólicas relativas;
- Ordenar medidas para regular el acceso a los insumos esenciales;
- Hasta 8% de los ingresos del infractor, por concentración ilícita;
- Multa de 5 mil UMAs, aproximadamente USD\$ 18.8 mil, y hasta 5% de los ingresos del infractor, por no notificado la concentración cuando legalmente debió hacerse;
- Hasta 10% de los ingresos del infractor, por incumplir condiciones fijadas en la resolución de una concentración;
- Inhabilitación para ejercer como directivo hasta por un plazo de 5 años y multas hasta por 200 mil UMAs, aproximadamente USD\$ 755.2 mil, por participación directa o indirecta, en prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, en representación o por cuenta u orden de personas morales;
- Multas hasta 180 mil UMAs, aproximadamente USD\$ 679.7 mil, por coadyuvar, propiciar o inducir prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas;
- Hasta 8% de los ingresos del infractor, por incumplir la resolución emitida en términos del artículo 101 de la LFCE;
- Ordenar medidas para regular el acceso a insumos esenciales;
- Multas hasta 180 mil UMAs, aproximadamente USD\$ 679.7 mil, a fedatarios públicos por intervenir en actos relativos a una concentración no autorizada;
- Hasta 10% de los ingresos del infractor, por incumplir con regulación de insumos esenciales; y por no obedecer la orden de eliminar una barrera a la competencia;
- Hasta 10% de los ingresos del infractor por incumplir la orden cautelar.

---

<sup>1</sup> La Unidad de Medida y Actualización (UMA) es la referencia económica en pesos mexicanos para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales. Su valor para 2017 fue fijado en MXN\$ 75.49, equivalente a aproximadamente USD\$ 3.80.

<sup>2</sup> Calculado con el tipo de cambio de final de periodo, febrero 2017, MXN 19.99 = USD 1, publicado en <http://www.banxico.org.mx/>