

COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE DISPOSICIONES REGULATORIAS DEL PROGRAMA DE INMUNIDAD Y REDUCCIÓN DE SANCIONES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 103 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA (“ANTEPROYECTO”).

El programa de inmunidad y reducción de sanciones previsto en el artículo 103 de la Ley Federal de Competencia Económica (el “Programa de Inmunidad”) es una herramienta importante tanto para la Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE” o la “Comisión”), como para los agentes económicos. Esta herramienta permite a la Comisión tener conocimiento y allegarse de información necesaria para el inicio de procedimientos de investigación por la posible comisión de prácticas monopólicas absolutas o la sustanciación de los mismos, de aquellos agentes económicos directamente involucrados en las mismas. Asimismo, la utilización de un programa de inmunidad y reducción de sanciones (*leniency program*) ha tenido grandes beneficios en diferentes jurisdicciones, pues ha permitido a las distintas autoridades de competencia identificar colusiones que, de otra manera, no habrían podido ser detectadas, continuar con la aplicación de la política de competencia y fomentar el cumplimiento con la legislación.

Por otro lado, el Programa de Inmunidad provee a los agentes económicos, ya sea empresas o individuos, un canal seguro para confesar la comisión de prácticas monopólicas absolutas y coadyuvar con las autoridades para la investigación, persecución y sanción de las mismas. Asimismo, los beneficios a los que pueden tener acceso representan para los agentes económicos una oportunidad para reivindicar su comportamiento sin tener graves afectaciones económicas o, incluso, penales.

Considerando lo anterior, SAI Derecho & Economía (“SAI”) celebra y agradece a la Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE” o la “Comisión”) la elaboración de las presentes Disposiciones Inmunidad. Éstas brindan una mayor certeza y orientación a los agentes económicos que están en el supuesto de acogerse a este beneficio.

A continuación, se presentan algunos comentarios al Anteproyecto con el propósito de colaborar con la Comisión en su elaboración.

I. Comentarios al artículo 3

“Artículo 3. El procedimiento para solicitar el beneficio condicional a que se refiere el artículo 103 de la Ley, se tramitará de conformidad con lo siguiente:

[...]

V. Si la información aportada por el solicitante cumple con lo establecido en el artículo 103 de la Ley, la Autoridad Investigadora emitirá un acuerdo condicional de inmunidad en el que indicará el orden cronológico de su petición y, en su caso, el porcentaje máximo de reducción de la multa permitido.”

Al inicio de una investigación, es probable la Autoridad Investigadora puede no tener un panorama claro de los probables acuerdos que serán materia de un posible dictamen de probable responsabilidad (“DPR”). Ello, pues es con base en el desarrollo de la investigación, que dicha autoridad obtendrá elementos para determinar la probable conducta y acuerdo(s) colusorio(s) que posteriormente imputará. Por lo tanto, es concebible que respecto de un agente que presenta una solicitud de acogerse al Programa de Inmunidad, la autoridad no tenga claridad en ese momento de su participación en la conducta; momento en el cual emite el acuerdo condicional de inmunidad.

Posteriormente, a lo largo de la investigación la COFECE o hasta la emisión del DPR correspondiente puede determinar que existen dos o más acuerdos colusorios que imputar. En ese sentido, puede darse el caso que un agente económico, beneficiario del Programa de Inmunidad en primer lugar, participe en uno solo de los acuerdos colusorios y no del resto de acuerdos materia del expediente relativo. En ese escenario, los agentes económicos beneficiarios del Programa de Inmunidad en segundo o tercer lugar, por ejemplo, no pueden ser beneficiarios del primer lugar pues otro agente económico cuenta con él, pese a que éste no participó en el otro u otros acuerdos colusorios.

En ese sentido, SAI sugiere que en el Anteproyecto se considere asignar el orden cronológico de las peticiones de solicitud de inmunidad de acuerdo al acuerdo en el que se participe, en el caso de que la investigación incluya múltiples colusiones. Lo anterior es consistente con diversos precedentes internacionales.¹

II. Comentarios al artículo 6

“Artículo 6. Para efectos de la fracción II del artículo 103 de la Ley, se entenderá como cooperación plena y continua, de manera enunciativa lo siguiente:

[...]

B. Durante el procedimiento seguido en forma de juicio:

I. Reconocer, tácita o explícitamente, su participación en la práctica monopólica absoluta respecto de la cual solicitó el beneficio.”

SAI sugiere que el reconocimiento por parte de un agente económico que solicita acogerse al Programa de Inmunidad de su participación en una práctica monopólica absoluta no debe

¹ Al respecto refiérase: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39861/39861_4165_3.pdf

de interpretarse en el sentido de no realizar manifestaciones relacionadas con la imputación. El deber de dicho agente económico deberá ceñirse a no controvertir los hechos materia de la imputación, pero ello no implica que puedan contextualizar ciertos aspectos de la comisión de la conducta o la interpretación de la misma.

Incluso, en aras de la garantía de audiencia, un agente económico acogido a dicho programa, debería poder hacer pronunciamientos sobre su interpretación respecto de si los hechos investigados acreditan o no una práctica monopólica, aunque de ninguna manera negar los hechos materia de la imputación.

III. Comentarios al artículo 8

“La Comisión podrá revocar el beneficio condicional de reducción de sanciones ante el incumplimiento del solicitante de las obligaciones que establece el artículo 103 de la Ley, ya sea durante la investigación o en la resolución que emita el Pleno una vez concluido el procedimiento seguido en forma de juicio, según corresponda.

En caso de que la Comisión revoque el beneficio condicional de reducción de sanciones a un solicitante, los solicitantes posteriores mantendrán las posiciones que hubieran obtenido conforme al orden cronológico de su solicitud, por lo que no se recorrerán dichas posiciones.”

Si bien este artículo dispone la posibilidad de revocar el beneficio condicional de reducción de sanciones ante el incumplimiento de las obligaciones del solicitante durante la investigación, SAI considera relevante incluir una disposición en la que se conciba un beneficio adicional para aquél solicitante del Programa de Inmunidad que aporte información adicional sobre conductas que no haya cometido, pero se encuentren relacionadas con la materia de la investigación.

En ese sentido, se sugiere que tal beneficio adicional pueda ser implementado bajo el concepto de “*grado de cooperación con la Comisión*” contemplado en las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica vigentes (“DRLFCE”), el cual se ha desprendido del elemento a considerar para el cálculo de sanciones referido en el artículo 130 de la LFCE, consistente en la afectación al ejercicio de las atribuciones de la Comisión.

En virtud de lo anterior, considerando que la existencia del Programa de Inmunidad no se contrapone con el análisis que la Comisión debe hacer al realizar el cálculo de una sanción con base en los elementos establecidos en el artículo 130 referido, se sugiere que el Anteproyecto realice una modificación consistente en la derogación del último párrafo del artículo 186 de las DRLFCE, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 183. Para el cálculo de las sanciones, la afectación al ejercicio de las atribuciones de la Comisión en términos del artículo 130 de la Ley será determinada considerando como atenuante, entre otras, la conducta del infractor y su grado de cooperación con la Comisión. Para dichos efectos se debe reconocer la existencia de la conducta sancionada por la Ley y acreditar que ésta ha concluido.

~~El atenuante referido en este artículo no aplicará en los casos en los que el Agente Económico de que se trate pretenda obtener el beneficio al que se refiere el artículo 103 de la Ley."~~

IV. Comentarios al artículo 12

"La Comisión deberá mantener la confidencialidad de la identidad de los solicitantes. En todo momento, la Autoridad Investigadora tendrá bajo su resguardo el expediente que se integre para tramitar el procedimiento relativo al beneficio de reducción de sanciones, el cual podrá ser consultado por el solicitante."

La confidencialidad del carácter del agente económico solicitante del Programa de Inmunidad es crucial para salvaguardar dicho programa, en los términos en los que fue concebido en la Ley Federal de Competencia Económica ("LFCE"). Dicho carácter, sin embargo, puede ser revelado de múltiples formas. Dos de los supuestos en los que ello puede acontecer surgen en la tramitación del procedimiento seguido en forma de juicio.

- i. El primero de ellos, se relaciona con la obligación de la Comisión establecida en el artículo 25 de la LFCE, consistente en publicar en su sitio de Internet el registro de cada entrevista con los comisionados, el cual debe contener, entre otros, los nombres completos de todas las personas que estuvieron presentes en la misma y los temas tratados. En ese contexto, la publicación de los nombres de los representantes de los agentes económico y/o personas presuntamente responsables, en relación con el tema tratado –como el número de expediente–, podría develar que los presuntamente responsables se encuentran cooperando con esa autoridad en la tramitación del procedimiento seguido en forma de juicio. En ese sentido, si bien podría depender de las particularidades de cada caso, con dicha publicación podría revelarse el carácter de beneficiario del Programa de Inmunidad.

Por lo anterior, se sugiere que este el artículo contemple la posibilidad de que haya excepciones a la publicación del registro de dichas entrevistas, o bien a ciertos datos del registro, en la página de Internet de la Comisión, a fin de que se mantenga la confidencialidad de la identidad de los solicitantes de dicho programa.

- ii. El segundo supuesto de revelación del carácter de solicitante del Programa de Inmunidad se relaciona con el escrito de manifestaciones relacionadas con el dictamen de probable responsabilidad correspondiente ("DPR"). De conformidad con el artículo 6, apartado B del Anteproyecto, a efecto de que la Comisión considere que el solicitante del Programa de Inmunidad ha cooperado en forma plena y continua, se requiere que reconozca, tácita o explícitamente, su participación en la práctica monopólica absoluta respectiva. No obstante, el sentido de las manifestaciones contenidas en la contestación al DPR pueden revelar el carácter de solicitante del Programa de Inmunidad.

En ese sentido, se sugiere incorporar la posibilidad de interpretar de forma amplia el reconocimiento tácito de la participación de un solicitante del Programa de Inmunidad en la comisión de la práctica monopólica respectiva. Ello, a fin de que, si bien el probable responsable acogido al programa reconozca su comisión, pueda al mismo tiempo realizar manifestaciones generales a fin de resguardar su carácter de solicitante, sin que ello se considere como una negación de la conducta.

V. Comentarios sobre la confidencialidad del carácter de solicitante

La Comisión normalmente realiza un comunicado respecto del emplazamiento de diversos agentes por la probable comisión de prácticas monopólicas absolutas y, con ello, el inicio de un procedimiento seguido en forma de juicio. Posteriormente, en las listas de notificaciones publicadas en la página de Internet de la COFECE, se notifican los extractos de acuerdos relacionados con el expediente correspondiente al procedimiento seguido en forma de juicio que se ha comenzado a tramitar. En ese sentido, en conjunto ambos casos detonan especulaciones mediáticas respecto a la probable o no responsabilidad de los agentes económicos que pudieran haber sido emplazados.

En ese escenario, puede ser el interés de sociedades bursátiles que hayan sido emplazadas hacer del conocimiento de sus accionistas que se han acogido al Programa de Inmunidad y se encuentran cooperando con la autoridad en el expediente de mérito. Ello con el objetivo de contrarrestar o prevenir posibles pérdidas económicas que pudieran desencadenarse de su carácter como emplazado en este tipo de procedimientos.

Por lo anterior, se pone a consideración de esa autoridad incorporar una disposición expresa en la que se faculte a los agentes económicos hacer de conocimiento público su carácter de solicitante del Programa de Inmunidad.

Moctezuma Bautista Karla

De: Diego Hernández Aello <dha@sai.com.mx>
Enviado el: lunes, 4 de noviembre de 2019 08:19 p. m.
Para: Consulta Publica
CC: Felipe García Cuevas; Mariana Carrión Valencia; Alejandra Magaña Cruz; Rosa Isabel León Canseco
Asunto: CONSULTA PÚBLICA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LAS DISPOSICIONES REGULATORIAS DEL PROGRAMA DE INMUNIDAD Y REDUCCIÓN DE SANCIONES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 103 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA.
Datos adjuntos: Comentarios al Anteproyecto de Lineamientos Inmunidad SAI.pdf

A quien corresponda:

Por medio del presente hacemos llegar comentarios respecto a la consulta pública sobre el Anteproyecto de las Disposiciones Regulatorias del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones previsto en el Artículo 103 de la Ley Federal de Competencia Económica.

Atentamente,
SAI Derecho & Economía, S.C.

SAI

Prol. Paseo de la Reforma 600-010B
Santa Fe Peña Blanca, Ciudad de México CP 01210
Tel: 5985.6618 ext. 233 || Directo: 5985.6670
dha@sai.com.mx || www.sai.com.mx

Derecho & Economía

Este mensaje contiene información de SAI Derecho & Economía, S. C. la cual puede ser privada o confidencial. El mensaje está destinado para uso del individuo o de la entidad a la cual está dirigido. Si el lector de este mensaje no es el destinatario, se le informa que está estrictamente prohibido difundir, hacer pública, copiar, distribuir o utilizar esta información. Si usted recibió este mensaje por error, favor de informarnos de inmediato al teléfono o correo electrónico antes citado. Gracias. This electronic message transmission contains information from SAI Derecho & Economía, S. C. which may be confidential or privileged. The information is intended for the use of the individual or entity named above. If you are not the intended recipient, be aware that any disclosure, copying, distribution or use of the contents of this information is prohibited. If you have received this electronic transmission in error, please notify immediately to the telephone or electronic mail above indicated. Thank you.

 **Antes de imprimir** piensa en la responsabilidad y compromiso que todos tenemos con el **MEDIO AMBIENTE.**