



Ciudad de México a 3 de julio de 2020

COMENTARIOS A LOS ANTEPROYECTOS DE GUÍAS SUJETAS A CONSULTA PÚBLICA

El 25 de mayo de 2020, esa Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE o Comisión) publicó el inicio de la consulta pública respecto de los Anteproyectos de la Guía para el inicio de investigaciones por prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas; la Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas absolutas y la Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas. Posteriormente, el 1 de junio de 2020, esa Comisión publicó el inicio de la consulta pública respecto de un Anteproyecto adicional de la Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos. Dichas consultas públicas terminan el 3 y 10 de julio de 2020, respectivamente.

Al respecto, la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, A.C., (ANADE), a través de su Comité de Competencia Económica, reconoce el valioso esfuerzo que representa este ejercicio de consulta pública. Sin duda, la actualización de las Guías puede generar mejoras y eficiencias en la tramitación de las investigaciones y el entendimiento del público en general sobre el trabajo y funciones de COFECE.

En este sentido, y con el ánimo de que la Cofece y el sector privado trabajen de la mano para una mejor aplicación del marco legal de competencia económica, la ANADE plantea algunas reflexiones en torno a los Anteproyectos.

De forma general, ANADE recomienda a esa COFECE:

- Buscar que las guías que se publiquen sean más atractivas visualmente para facilitar su lectura por parte de personas que no tengan experiencia en la materia.
- Revisar cómo están explicados los ejemplos que se incluyen ya que algunos pudieran no ser entendibles para personas que no tienen conocimientos técnicos previos en la materia.



Por otro lado, de forma específica respecto a cada uno de los Anteproyectos, la ANADE observa lo siguiente:

Guía para el inicio de investigaciones por prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas

- ANADE considera desafortunado el tratamiento que el Anteproyecto relativo a esta guía respecto da de aquellos elementos que no están disponibles para un denunciante al calificarlos como "*elementos secundarios*" que "*de ningún modo podrá el denunciante sustentar la causa objetiva en ellos*". Por un lado, ANADE considera que corresponde a esa COFECCE proveer ese sustento y por otro limita, en nuestra opinión, la posibilidad de presentar denuncias cuando no se tiene el acceso a evidencia, que en ocasiones es imposible obtener para los particulares.
- Se recomienda especificar que se puede iniciar una investigación por prácticas monopólicas absolutas contra agentes económicos de un mismo grupo de interés cuando éstos se ostentan como competidores.
- Se recomienda que, para el caso de prácticas monopólicas relativas, se elimine la referencia a que el agente económico que la lleve a cabo debe tener poder sustancial en el mercado donde tiene efectos, ya que existen casos en los que la práctica se lleva a cabo en virtud del poder sustancial del agente económico en un mercado relacionado a pesar de que los efectos de desplazamiento de la práctica ocurran en otro mercado distinto.
- El Anteproyecto relativo a esta guía propone eliminar el siguiente párrafo:

“El porcentaje de reducción de la multa dependerá del orden cronológico en que se presente la solicitud y los elementos de convicción presentados. Sin embargo, todos los solicitantes, independientemente del orden cronológico de su solicitud, gozarán de inmunidad frente a las sanciones penales que establece el artículo 254 bis del Código Penal Federal”.

Si bien dicho Anteproyecto incluye una referencia superficial a los beneficios del programa de inmunidad, se recomienda incluir mayor detalle de los beneficios y las ventajas del programa de inmunidad (sobre todo de la inmunidad penal) de manera que esta guía sirva de plataforma para promoverlo, además de la guía que es propia del programa.



- Se recomienda especificar que en las investigaciones que se inicien derivado de una solicitud al programa de inmunidad no se revelará que esa fue la causa objetiva por la cual se dio inicio. De esta manera se incentivará más el uso de esta herramienta.

Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas absolutas

- El Anteproyecto de esta guía propone la inclusión de las sanciones para los casos de coadyuvancia en la comisión de una práctica monopólica absoluta que no estaban incorporados en la Guía vigente. Si bien ANADE celebra esta inclusión, pues puede colaborar a desincentivar la participación en las mismas, también considera que el alcance del concepto de coadyuvar no resulta muy claro. En este sentido, se exhorta a COFECE a ser más específico sobre cómo debe interpretarse.
- Si bien dicho Anteproyecto incluye una referencia superficial a los beneficios del programa de inmunidad, se recomienda incluir mayor detalle de los beneficios y las ventajas del programa de inmunidad de manera que esta guía sirva de plataforma para promoverlo, además de la guía que es propia del programa.
- Se recomienda incluir mayor información respecto de las herramientas que tiene COFECE para hacerse de información durante una investigación. En particular, ANADE exhorta a COFECE a ahondar en la explicación de en qué consiste cada una de estas herramientas e informar qué derechos le asisten tanto al agente investigado como al tercero coadyuvante en el contexto de cada una de estas herramientas de investigación. De esta manera, los agentes económicos pueden tener más seguridad y conocimiento de los alcances e implicaciones en caso de que sean sujetos de alguno.
- En línea con lo anterior, ANADE estima importante que la guía haga referencia expresa a que toda persona que sea citada a una comparecencia puede ejercer su derecho a guardar silencio, con la finalidad de no autoincriminarse. Asimismo, se recomienda que COFECE describa, aunque sea de forma enunciativa, en qué supuestos es factible ejercer dicho derecho a guardar silencio. Lo anterior en atención a diversos criterios judiciales conforme a los cuales se ha señalado que diversos principios del derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionador, dentro de los cuales precisamente se incluyen los principios a guardar silencio y a la no autoincriminación, con ciertos matices, dentro de las comparecencias que se



desahogan por la COFECE en los procedimientos de investigación de concentraciones ilícitas y prácticas monopólicas absolutas.¹

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

- Se sugiere eliminar "*la existencia de una concentración entre Agentes Económicos*" como indicio de la existencia de una concentración ilícita o, en su defecto, especificar que además de la existencia de una concentración, se requieren de indicios de algunos de los elementos que pueden llegar a configurar una concentración ilícita (i.e. incremento de poder sustancial y capacidad de establecer barreras e incurrir en prácticas anticompetitivas).
- Se sugiere incluir como una causal de notoria improcedencia que los hechos de que se trate estén siendo analizados en un procedimiento de notificación de concentraciones.
- Se recomienda separar el tema de las concentraciones no notificadas en una sección o guía independiente a la de concentraciones ilícitas y ahondar en el tema. ANADE considera que el Anteproyecto no brinda suficiente claridad y certeza respecto de este supuesto de concentraciones, ni del procedimiento correspondiente. Esto debido a que se trata de supuestos normativos distintos en su naturaleza y totalmente independientes en sus aspectos a evaluar y procesos.
- Se recomienda incluir una explicación sobre los elementos que componen una teoría de daño, en particular en lo relacionado con los incentivos de un agente económico para llevar a cabo la conducta. Este aspecto no está incluido en el texto del Anteproyecto; sin embargo, en el ejemplo respecto al Aeropuerto de Cancún sí se habla del interés que tenía dicho agente económico en llevar a cabo la práctica, lo cual puede resultar confuso si no se incluye una explicación.
- Se recomienda establecer lineamientos claros y precisos sobre cómo se realiza la evaluación de los compromisos en el contexto del programa de dispensa de sanciones, de manera que se puedan evitar potenciales abusos a dicha figura. En

¹ Ver amparos en revisión 1/2019 del Segundo Tribunal Colegiado Especializado y 241/2019 del Primer Tribunal Colegiado Especializado.



efecto, éstos deben lograr un equilibrio entre incentivar la corrección de conductas que podrían ser anticompetitivas y la comisión de las mismas. No se debe mandar el mensaje de que éstas son fácilmente dispensadas con el simple hecho de acogerse a este beneficio.

- ANADE exhorta a COFECE a incluir disposiciones más específicas y exhaustivas respecto del tratamiento de información confidencial. En particular en lo referente a los supuestos en los que COFECE puede compartirla con otras autoridades; por ejemplo, en temas fiscales o de anticorrupción y si se requiere de una solicitud de dicha autoridad para hacerlo.
- Se recomienda incluir mayor información respecto de las herramientas que tiene COFECE para hacerse de información durante una investigación. En particular, ANADE exhorta a COFECE a ahondar en la explicación de en qué consiste cada una de estas herramientas e informar qué derechos le asisten tanto al agente investigado como al tercero coadyuvante en el contexto de cada una de estas herramientas de investigación. De esta manera, los agentes económicos pueden tener más seguridad y conocimiento de los alcances e implicaciones en caso de que sean sujetos de alguno.
- En línea con lo anterior, ANADE estima importante que la guía haga referencia expresa a que toda persona que sea citada a una comparecencia puede ejercer su derecho a guardar silencio, con la finalidad de no autoincriminarse. Asimismo, se recomienda que COFECE describa, aunque sea de forma enunciativa, en qué supuestos es factible ejercer dicho derecho a guardar silencio. Lo anterior en atención a diversos criterios judiciales conforme a los cuales se ha señalado que diversos principios del derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionador, dentro de los cuales precisamente se incluyen los principios a guardar silencio y a la no autoincriminación, con ciertos matices, dentro de las comparecencias que se desahogan por la COFECE en los procedimientos de investigación de concentraciones ilícitas y prácticas monopólicas absolutas.²

Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos

- El Anteproyecto de esta guía incluye la figura de las orientaciones generales para consultar a COFECE si considera que cierto intercambio podría resultar anticompetitivo. Sin embargo, al no ser vinculantes, no proveen de completa certeza

² Ver amparos en revisión 1/2019 del Segundo Tribunal Colegiado Especializado y 241/2019 del Primer Tribunal Colegiado Especializado.

jurídica a los agentes económicos. En este sentido, se sugiere eliminar este mecanismo o, en su defecto, indicar expresamente que está enfocado a intercambios que aún no se han realizado.

- El Anteproyecto incluye el siguiente texto:

"La cámara o Asociación deberá evitar que, una vez entregada la información desagregada a la autoridad pública esta información sea difundida en el mismo formato al interior de su organización."

Sin embargo, ANADE considera que esta disposición no resulta viable, pues impone una carga innecesaria a la asociación una vez que ya entregó la información. En este sentido, se sugiere modificar el texto para quedar como sigue:

"La cámara o Asociación deberá solicitar a la autoridad pública que la información desagregada entregada sea difundida en el mismo formato al interior de su organización."

- El Anteproyecto de esta guía incluye disposiciones aplicables a convenios de colaboración y convenios de co-inversión (*Joint-Ventures*) entre competidores. Sin embargo, ANADE considera que, en general, sería útil mayor detalle respecto a este tema. En este sentido, se sugiere a COFECE profundizar y ser más exhaustiva en la información y disposiciones incluidas. Por ejemplo, estableciendo criterios que permitan diferenciar entre un *full-function JV* (el cual sería tratado como una concentración y, por lo tanto, estaría sujeto a la obligación de notificación previa dependiendo de los umbrales) y un *non full-function JV* (el cual sería considerado como un acuerdo entre competidores no notificable sujeto a una autoevaluación de potenciales efectos anticompetitivos). Esto en especial considerando la ausencia de una guía para colaboraciones entre competidores.
- ANADE sugiere a COFECE incluir criterios respecto a la información histórica con la que debe contar un agente económico. Este tema es especialmente relevante en el contexto de los procesos de *due diligence*. En efecto, en México no existe una disposición que permita a los agentes económicos identificar cuándo se considera que la información tiene este carácter. En este sentido, se sugiere establecer una referencia que brinde certeza jurídica a los agentes económicos al respecto o, en su defecto, citar alguna referencia internacional para contar con esta certeza (i.e. la Unión Europea).



Por la presente, el Comité de Competencia Económica de ANADE reitera su disponibilidad para participar en una discusión abierta con la Comisión en el contexto de este ejercicio de consulta pública, que permita fortalecer nuestro sistema jurídico en beneficio de todos.

Atentamente

Sebastián Corcuera
Habsburg
Coordinador

Gerardo Calderón
Villegas
Vicecoordinador

Mariana Carrión
Valencia
Vicecoordinador