



## COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE MODIFICACIÓN A LA GUÍA PARA EL INICIO DE INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS MONOPÓLICAS Y CONCENTRACIONES ILÍCITAS

El 25 de mayo de 2020 inició el proceso de consulta pública respecto del Anteproyecto de modificación de Guía para el inicio de investigaciones por prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas (**Anteproyecto**). En este contexto, a fin de coadyuvar con esa H. Comisión Federal de Competencia Económica (**Comisión**) en la elaboración del Anteproyecto, Valdes Abascal Abogados S.C. propone las siguientes modificaciones/adiciones:

- I. En el último párrafo de la página 8 del Anteproyecto, se señala que dos o más agentes económicos son competidores entre sí cuando participen o pueden participar en el mismo mercado. A fin de sustentar dicha afirmación, en la nota al pie de página 12 se hace referencia a los conceptos de *competidor potencial* de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América y de la Comisión Europea.

Al respecto, cabe señalar que del primer párrafo del artículo 53 de la Ley Federal de Competencia Económica (**LFCE**) se desprende que uno de los requisitos para que una conducta sea considerada como una práctica monopólica absoluta es que los agentes económicos que participen en dicha práctica sean competidores entre sí en un mercado, es decir, que de forma actual y real participen en el mismo eslabón de una cadena productiva.

En este sentido, de la interpretación del artículo 53 de la LFCE no se desprende que las prácticas monopólicas absolutas puedan llevarlas a cabo agentes económicos que potencialmente (*que pueden participar en el mismo mercado*) puedan llegar a ser competidores en un futuro. De esta forma, el concepto sostenido por la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América y el adoptado por la Comisión Europea no deberían ser considerados como orientadores por esa H. Comisión.

Por otra parte, en la sentencia dictada en el amparo en revisión 69/2016 del índice del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa, especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República (**Segundo Tribunal Colegiado Especializado**), determinó, entre otras cuestiones, que los agentes económicos que hayan llevado a cabo una práctica monopólica absoluta deben participar en el mismo eslabón de la cadena productiva del mercado de que se trate. Así, por ejemplo, una empresa que únicamente produzca determinado bien y no lo comercialice al consumidor



final, no podrá ser considerado competidor de una persona física que únicamente comercialice dicho bien al público en general.

Considerando lo anterior, se sugiere que dicha oración se redacte de la siguiente forma: *En este sentido, dos o más agentes económicos son competidores entre sí cuando participan ~~o pueden participar~~ en el mismo eslabón de la cadena productiva de determinado mismo mercado.*

- II. En el primer párrafo de la página 9 del Anteproyecto, se establece que, por regla general, dos o más agentes económicos que pertenecen al mismo grupo de interés económico no serán considerados como agentes económicos competidores.

Sobre el particular, en el amparo en revisión 84/2018 del índice del Segundo Tribunal Colegiado Especializado se resolvió que dos empresas, en el contexto de una licitación, pueden ser consideradas competidores entre sí, a pesar de que integren el mismo grupo de interés económico.

En este sentido, se sugiere que se señale en el Anteproyecto que existen ciertas excepciones a la regla general. Lo anterior, considerando que la Guía que se apruebe estará dirigida a agentes económicos, autoridades públicas y al público en general, es decir, a personas que no necesariamente son expertas en la legislación en materia de competencia económica, ni en su interpretación por parte del Poder Judicial de la Federación.

- III. El último párrafo de la página 11 del Anteproyecto establece que para iniciar una investigación por prácticas monopólicas relativas es necesario que se cumplan con los siguientes elementos: i) contar con indicios suficientes para considerar que la conducta existe; es decir, que encuadra en algunos de los supuestos previstos en el artículo 56 de la LFCE; ii) además, que dichas conductas las realiza uno o varios agentes económicos que pudieran tener poder sustancial en el mercado relevante y, iii) finalmente, que el objeto o efecto de la conducta de que se trate sea desplazar indebidamente a otros agentes económicos, impedirles sustancialmente el acceso, o establecer ventajas exclusivas que favorezcan a una o varias personas, en el mercado relevante o en un mercado relacionado.

En relación con lo anterior, se sugiere que no se considere como *elementos necesarios* para iniciar una investigación por prácticas monopólicas relativas los referidos en los incisos ii) y iii) anteriores, conforme a los siguientes argumentos:



De conformidad con el artículo 67 de la LFCE cualquier persona puede denunciar la comisión de prácticas monopólicas relativas. En otras palabras, la LFCE no establece que el denunciante deba cumplir algún requisito de legitimación para hacer del conocimiento de la Autoridad Investigadora hechos que pudieran ser violatorios de la LFCE.

Por otra parte, el artículo 68 de la LFCE establece cuáles son los requisitos que debe cumplir el escrito de denuncia, sin que se señale que en la denuncia se deban aportar elementos que permitan determinar que el agente económico o agentes económicos denunciados detentan poder sustancial en un mercado relevante, ni que los hechos que motiven la denuncia tengan o puedan tener cualquiera de los objetos o efectos referidos en la fracción III del artículo 54 de la LFCE. Asimismo, el artículo 70, fracción II, de la LFCE, establece que una denuncia se desechará por notoriamente improcedente cuando sea notorio que el agente económico o agentes económicos no tienen poder sustancial en el mercado relevante.

De lo anterior, se desprende que no es un requisito indispensable para el inicio de una investigación por prácticas monopólicas relativas, que en el escrito de denuncia se aporten elementos que permitan presumir a la Autoridad Investigadora que el agente o agentes económicos denunciados detentan poder sustancial en un mercado relevante. Lo anterior se ve favorecido si se considera que en el acuerdo de inicio de una investigación por prácticas monopólicas relativas únicamente se hace referencia al mercado que será objeto de la investigación, pero no al mercado relevante en el que se llevó a cabo la conducta.

En otro orden de ideas, el hecho de que cualquier persona pueda presentar una denuncia por la comisión de ese tipo de prácticas monopólicas, conlleva que, en diversas ocasiones, el denunciante no cuente con elementos jurídico-económicos para que la Autoridad Investigadora pueda presumir que el agente o agentes económicos denunciados cuente con poder sustancial en un mercado relevante, ni con indicios de que los hechos denunciados tengan o puedan tener por objeto o efecto que desplace indebidamente a un agente económico de un mercado o se le impida sustancialmente el acceso al mismo, o bien, se establezcan ventajas exclusivas a favor de uno o varios agentes económicos. De considerar lo contrario, se establecería una carga excesiva al denunciante.



En todo caso, consideramos que la carga de recabar evidencia de que los hechos denunciados encuadran en alguna de las hipótesis establecidas en el artículo 56 de la LFCE y de que se cumplen los requisitos establecidos en las fracciones II y III del artículo 54 de la LFCE, corresponde a la Autoridad Investigadora. Lo anterior resulta congruente con lo establecido en el artículo 54 de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica que establece que la emisión del acuerdo de inicio no prejuzga sobre la responsabilidad de persona alguna, así como con lo señalado en diversos avisos de inicio de investigación por denuncia por la posible comisión de prácticas monopólicas relativas, esto es, que “[...] *los actos que puedan constituir violaciones a alguna de las leyes anteriormente citadas habrán de determinarse, en su caso, en el dictamen de probable responsabilidad al que se refieren los artículos 78, 79 y 80 de la LFCE, toda vez que el presente acuerdo se refiere únicamente al inicio de un procedimiento indagatorio de carácter administrativo en el que aún no se han identificado en definitiva los actos que, en su caso, puedan constituir una violación a alguna de las leyes anteriormente citadas, ni está determinado en definitiva el o los sujetos a quienes, en su caso, se les deberá oír en defensa como probables responsables de una infracción a la normatividad mencionada [...]*”.

Considerando lo anterior, se sugiere que en el último párrafo de la página 11 del Anteproyecto se señale que los elementos referidos en los incisos ii) y iii) no son necesarios para iniciar una investigación por denuncia de prácticas monopólicas relativas.