
COMENTARIOS A LOS ANTEPROYECTOS DE GUÍAS SUJETOS A CONSULTA PÚBLICA¹ (LOS “ANTEPROYECTOS”)

Julio 2020

SAI Derecho & Economía, S.C (“SAI”) celebra que la Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE” o la “Comisión”) haya preparado modificaciones a las guías para iniciar y tramitar sus procedimientos de investigación por prácticas anticompetitivas. Su continua actualización brinda una mayor certeza jurídica a los agentes económicos y público en general respecto a qué son las prácticas monopólicas absolutas, relativas y concentraciones ilícitas, los supuestos que las actualizan, la manera en que son investigadas y las sanciones correspondientes, entre otros aspectos. Estas guías colaboran a fomentar una cultura de competencia través de su contenido claro y de sencillo entendimiento.

Al respecto, SAI aplaude la adición de ejemplos de los diferentes procedimientos ya que facilitan el entendimiento del proceso, asimismo, utilizar ejemplos de casos reales permite al lector tener mayor claridad y acercamiento con la forma de trabajar de esa Comisión. En general, SAI considera que las modificaciones que se plantean en los Anteproyectos son adecuadas y útiles para facilitar su entendimiento y brindar mayor detalle respecto a los procedimientos correspondientes.

Sin perjuicio de lo anterior, hay algunos aspectos que SAI considera podrían ser abordados de una manera distinta y otros que podrían ser adicionados. Por un lado, de forma general, esta Comisión podría tomar en consideración en los Anteproyectos las siguientes recomendaciones:

- Determinar de forma clara cuáles son los objetivos de dichas guías. En opinión de SAI, los temas y el enfoque con el que éstos se aborden depende de dicho objetivo y el público al que van dirigido. Por un lado, puede tratarse de guías que van dirigidas para agentes económicos y ciudadanos en general que busquen acercarlos de manera más sencilla a la legislación

¹ En particular, éstos son: (i) Anteproyecto de la Guía para el inicio de investigaciones por prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas; (ii) Anteproyecto de la Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas absolutas; y (iii) Anteproyecto de la Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas y concentraciones ilícitas.

aplicable. Por otro, puede tratarse de guías que busquen establecer criterios de interpretación o desarrollar aspectos más técnicos o metodológicos respecto a cómo se llevan las investigaciones. En este segundo caso, pudiera no ser necesario que las guías repitan el contenido que ya se encuentra en la legislación.

- Utilizar herramientas más dinámicas en las guías para hacerlas visualmente atractivas. Por ejemplo, ello se podría hacer con la implementación de diagramas, imágenes y mapas conceptuales. Esto podría permitir que sea más sencillo para los agentes económicos identificar y entender qué temas se están abordando. Al hacerlas más didáctica se podría facilitar la lectura de las mismas.

Aunado a lo anterior, y con el objetivo de colaborar con la Comisión, SAI emite los siguientes comentarios a cada uno de los Anteproyectos. Así, el presente documento se divide de la siguiente forma: (i) Comentarios al Anteproyecto de la Guía para el inicio de investigaciones por prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas; (ii) Comentarios al Anteproyecto de la Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas absolutas; y (iii) Comentarios al Anteproyecto de la Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas y concentraciones ilícitas. Para facilitar su lectura, cada uno de estos apartados trae comentarios agrupados por tema, refiriendo al nombre de las secciones de los Anteproyectos a la que correspondan.

I. COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE LA GUÍA PARA EL INICIO DE INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS MONOPÓLICAS Y CONCENTRACIONES ILÍCITAS (“GUÍA”)

a) DEFINICIONES Y ESTILO

SAI considera que, para brindar mayor claridad no se debería de eliminar la definición de “**Autoridad Investigadora**”². Esto debido a que son elementos clave para el entendimiento del inicio de investigaciones por prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas de la guía en general es facultad de dicha unidad.

Asimismo, como comentario de estilo, cuando se defina el tipo de público al que se dirige la presente guía, en caso de que esté destinada al público en general o a aquellos agentes económicos que no tienen conocimiento de la materia, se sugiere que los artículos de la LFCE y de las Disposiciones Regulatorias relativas sean referidos en notas al pie, salvo los que sean estrictamente necesarios (como el 53, 54 y 56 de la LFCE, por ejemplo). Asimismo, no se estima necesario hacer referencia a artículos del Estatuto Orgánico de COFECE. Lo anterior, a fin de facilitar la lectura de la misma.

De igual forma, en algunas secciones de esta Guía, se pueden encontrar reiteraciones de lo que ya se estableció con anterioridad, lo que puede tornarla repetitiva y dificulta la lectura al extender el texto sin necesidad de ello, por ejemplo, el último párrafo de la sección “B. Prácticas Monopólicas Relativas”, la sección “2. Acuerdo de Prevención”,³ la sección “3. Acuerdo de desechamiento”,⁴ así como la sección “B. Solicitudes del Ejecutivo”,⁵ etc., por lo que se sugiere abreviar y evitar repeticiones en la medida de lo posible.

b) CAUSA OBJETIVA E INDICIOS

Se eliminó de la Guía la parte resaltada del siguiente párrafo⁶ “El artículo 71 de la LFCE define la causa objetiva como “cualquier indicio de la existencia de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas”. **Siguiendo lo establecido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación** respecto a la facultad de investigación que la LFCE le confiere a la Comisión, para que un indicio sea considerado causa objetiva, debe existir una correspondencia entre los hechos a investigar y el precepto que se relacione con la posible infracción materia del procedimiento; es decir, de los indicios se debe desprender la posible comisión de una práctica

² página 2 del Anteproyecto Investigaciones-Glosario

³ Particularmente respecto del primer, tercero, cuarto y quinto de dicha sección.

⁴ Específicamente podrían consolidarse los párrafos tercero, cuarto y quinto de la misma.

⁵ Máxime que se repiten algunas características de las denuncias en general, por lo que se sugiere únicamente mencionar las diferencias en el mismo apartado B sin necesidad de las subsecciones “1. Requisito de las solicitudes” y “2. Trámite de solicitudes”.

⁶ Página 6 del Anteproyecto Investigaciones- Causa objetiva e indicios

anticompetitiva proscrita por la LFCE". El cual SAI considera necesario volver a insertar ya que da a los agentes económicos claridad en cuanto de donde proviene el criterio para determinar cuándo un indicio será considerado causa objetiva.

c) PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS

En dicha sección, al explicar el concepto de "competidor", se señala que:

*"Por regla general, si dos o más personas pertenecen al mismo grupo de interés económico."*⁷

Al respecto, SAI considera que debería también señalarse que el Poder Judicial de la Federación ha reconocido que en licitaciones públicas empresas incluso del mismo grupo pueden considerarse como agentes económicos entre sí y, derivado de ello, la Comisión tuvo que resolver en ese sentido en el expediente DE-020-2014, respecto de los agentes Galeno y Holiday en el mercado de materiales de curación de polietileno para el sector salud convocadas por el IMSS, específicamente en relación con guantes de polietileno desechables.⁸

Dicha adición se estima relevante, pues en ocasiones los agentes económicos que pertenecen a un mismo grupo podrían interpretar que se encuentran excluidos de la aplicación de la LFCE en todos los casos.

Finalmente, se sugiere remitir en esta sección a la guía correspondiente a las investigaciones de prácticas monopólicas absolutas.

d) CONCENTRACIONES ILÍCITAS

Como ya se mencionó anteriormente en este documento, SAI reitera la importancia de que aunque no es facultad de la Autoridad Investigadora llevar a cabo los procedimientos relacionados con la omisión de notificar una concentración, por lo que es importante que se incluya la referencia de forma general, para brindar mayor claridad en cuanto a la tramitación de la investigación por concentración ilícita y la diferencia que existe con aquellos procedimientos. Asimismo, se sugiere aclarar en qué momento se dará inicio a una investigación por concentración ilícita, cuando exista un procedimiento de verificación de la obligación de notificar una concentración cuando se trate de los mismos hechos.

Finalmente, se sugiere remitir en esta sección a la guía correspondiente de investigaciones de prácticas monopólicas relativas y concentraciones ilícitas.

⁷ Página 9 del Anteproyecto Investigaciones- prácticas monopólicas absolutas

⁸ Como se ha hecho público en el comunicado <https://www.cofece.mx/sanciona-cofece-a-proveedores-de-guantes-de-polietileno-por-coordinar-ofertas/>

e) MECANISMOS PARA INICIAR UNA INVESTIGACIÓN

En la presente sección de la Guía, se agregó el siguiente párrafo:

“Además de estos tres mecanismos, se encuentra el PROGRAMA DE INMUNIDAD, mismo que únicamente aplica para las prácticas monopólicas absolutas. En este sentido, la Autoridad Investigadora puede iniciar una investigación a partir de la información y documentación que presente ante la COFECE una persona que reconozca su participación en una práctica monopólica absoluta a cambio de que se le otorgue inmunidad, es decir que no se aplicarán sanciones penales y se reducirá la multa administrativa que correspondan por la comisión de dicha conducta. Lo anterior sujeto a que de la evaluación de la información y documentación aportada se determine que esta es suficiente para identificar la existencia de una o varias conductas contempladas como prácticas monopólicas absolutas en la LFCE, y que la persona que lo solicita coopere con la COFECE de manera plena y continua”.⁹

Al respecto, SAI considera que a fin de facilitar la lectura y evitar confusión, esta parte se remita a la sección “D. Solicitud para acogerse al Programa de Inmunidad”. Aunado a ello, SAI propone que el Programa de Inmunidad sea contemplado como una fuente de información con base en la cual la Autoridad Investigadora pueda iniciar investigaciones de oficio.

1. DENUNCIAS

Dentro del cuadro contenido en esa sección, en el rubro “Respecto del denunciado” se señala: “Es importante tomar en cuenta que se podrá denunciar a cualquier agente económico, [...] Sin embargo, las autoridades únicamente tendrán el carácter de agente económico cuando los actos o hechos denunciados hayan sido realizados por las autoridades en su calidad de participantes en el mercado de que se trate, y no en su carácter de autoridad en el ejercicio de sus atribuciones.” No obstante, esa redacción interpretada por personas que no conozcan la materia, podría desincentivar la denuncia en contra de autoridades actuado como agentes económicos, por lo que se sugiere la redacción siguiente:

“Las autoridades públicas, asimismo, pueden ser sujetos de una denuncia; no obstante, únicamente cuando los actos o hechos denunciados hayan sido realizados por éstas en su calidad de

⁹ página 13 del Anteproyecto Investigaciones- mecanismos para iniciar una investigación

participantes en el mercado de que se trate -como agentes económicos-, y no en su carácter de autoridad en el ejercicio de sus atribuciones."

Respecto de los ejemplos contenidos en la Guía, se entiende que éstos se incorporan a fin de detallar algunos casos o supuestos, con el objeto de clarificar el tipo de información que se espera recibir dentro de una denuncia. Sin embargo, algunos de los elementos contenidos en dichos ejemplos podrían no ser tan claros y se trata más bien los requisitos contenidos en la LFCE o las Disposiciones Regulatorias de ésta. En ese sentido, se sugiere plantear un caso hipotético concreto y desarrollar qué tipo de información específica deberá proporcionarse.

Con independencia de lo anterior, en cuanto a temas de estilo y formato de los ejemplos se sugiere:

- Algunos de los elementos enlistados en los ejemplos podrían consolidarse, dada su similitud, a fin de evitar repeticiones y facilitar la lectura de la Guía, i.e. cuarto, quinto y sexto puntos de la primera parte; o bien, el segundo, tercero y quinto puntos de la segunda parte, todos del Ejemplo 2.
- Explicar con mayor claridad a qué se refieren algunos de los elementos, como el tercer punto de la primera parte del Ejemplo 2¹⁰ o el punto sexto de la primera parte del Ejemplo 3.¹¹ Aclarar, asimismo, que la lista B de elementos del Ejemplo 3, no sólo se refiere a conferir poder sustancial del mercado, sino elementos para acreditar establecimiento de barreras u facilitación de comisión de prácticas monopólicas.
- Mover la referencia en el Ejemplo 3 "*Se deberá acompañar la denuncia de aquellos documentos o elementos, por cualquier medio, físico o electrónico, en los que se sustente tal descripción y afirmaciones*" a la parte general de las denuncias, pues no sólo resulta aplicable a los ejemplos de denuncias por concentraciones ilícitas.

2. OTROS PROCEDIMIENTOS TRAMITADOS ANTE LA COFECE

SAI considera que es acertado aclarar en la Guía que otros procedimientos seguidos ante la Comisión podrán ser fuente de información para que la Autoridad

¹⁰ A saber "*En caso de ser **atamamiento tecnológico**, una descripción del atamamiento y si existen formas distintas de proveerlo.*", pues se sugiere ser más claro respecto de qué tipo de atamamiento tecnológico se hace referencia.

¹¹ A saber "*Descripción de los bienes o servicios involucrados en los hechos denunciados, así como su uso en el mercado*" toda vez que tal vez a lo que se refiere es a la descripción en los mercados en los que participan los agentes económicos concentrados.

Investigadora ejerza sus facultades e inicie una investigación de oficio, los párrafos siguientes podrían no ser afines a los propósitos que la Comisión busca con la emisión de esta Guía, por lo que se sugieren eliminar; a saber:

“Es importante aclarar que dicho intercambio de información entre áreas no es contrario a la autonomía constitucional, ya que ésta existe con la finalidad de mantener la separación entre la autoridad que resuelve y aquella encargada del trámite de las investigaciones en curso. Por lo tanto, el que la Secretaría Técnica reporte posibles indicios a la Autoridad Investigadora no viola la autonomía, pues será la segunda quien (con plena independencia técnica) determine si los indicios presentados son suficientes para iniciar o no una investigación, y seguirá el trámite correspondiente sin intervención de ninguna otra área de la COFECE.

Además, durante la investigación, la Secretaría Técnica no tiene acceso a los procedimientos de investigación que se tramitan ante la Autoridad Investigadora y éste tiene una estricta responsabilidad de resguardar la confidencialidad de la información de las investigaciones en curso, pudiendo incurrir en responsabilidad en caso de divulgar información de dicho carácter, lo anterior de conformidad con los artículos 124 y 125 de la LFCE.”

Finalmente, respecto del último párrafo de esta sección “La Autoridad Investigadora puede hacer uso de toda esta información (y documentación) para iniciar una investigación de oficio; en cuyo caso, se integrará una copia certificada de los documentos correspondientes al expediente de investigación para sustentar el acuerdo de inicio o, de ser necesario y posible, se ordenará la separación de los expedientes”, así como una referencia similar en la sección “1. Fuentes de información públicas”, se considera que el mismo pudiera no ser relevante o necesario en el contexto de la Guía, máxime que la misma se encuentra ya implícita –uso de información–, se refiere al manejo general del expediente –integración de copias certificadas– o bien, no resulta aplicable sólo a las investigaciones iniciadas de oficio –separación de expedientes.

3. SOLICITUD PARA ACOGERSE AL PROGRAMA DE INMUNIDAD

Esta sección se contempla como independiente a las Denuncias, Solicitudes del Ejecutivo o Investigaciones de oficio; sin embargo, SAI considera que el Programa de Inmunidad, bajo la conceptualización plasmada en la Guía, en realidad se trata

de una fuente de información con base en la cual la Autoridad Investigadora puede iniciar investigaciones de oficio, por lo que se sugiere darle ese tratamiento.

Por otro lado, el tercer párrafo de la sección hace referencia específica al trámite intrínseco del Programa de Inmunidad, por lo que se sugiere sólo remitir a las Disposiciones Regulatorias relativas a dicho Programa y en términos generales a la Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones, en su caso.

4. REPORTE ANÓNIMO DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

De igual forma que en el apartado anterior, esta sección se contempla como independiente a las Denuncias, Solicitudes del Ejecutivo o Investigaciones de oficio; sin embargo, SAI considera que este tipo de Reportes Anónimos, bajo la conceptualización plasmada en la Guía, en realidad se trata de una fuente de información con base en la cual la Autoridad Investigadora inicie investigaciones de oficio, por lo que se sugiere darle ese tratamiento.

II. COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE LA GUÍA PARA TRAMITAR EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN POR PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS (“ANTEPROYECTO ABSOLUTAS”)

a) DEFINICIONES

SAI identificó que el Anteproyecto Absolutas eliminó las definiciones de “**Agente Económico**” y de “**Autoridad Investigadora**”¹² que estaban incluidas en la actual guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas absolutas (“Guía Absolutas”). Al respecto, SAI sugiere retomarlos nuevamente en virtud de que: (i) son términos definidos que se utilizan a lo largo de todo el Anteproyecto Absolutas y (ii) son conceptos básicos para el entendimiento de la política de competencia económica.

b) PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS

La Guía Absolutas establece el siguiente párrafo:

“Para demostrar la existencia de un convenio, contrato o arreglo, la Comisión tiene que acreditar que los Agentes Económicos que participan en la conducta hayan actuado de manera coordinada. Esto lo puede comprobar a través del convenio o contrato (manifestación expresa), o bien mediante la adminiculación de elementos de convicción que apunten a que la única explicación plausible del comportamiento observado en el mercado es un acuerdo de voluntades (manifestación tácita)”.¹³

Sin embargo, SAI identificó que el Anteproyecto Absolutas propone eliminarlo. Al respecto, SAI sugiere a esa COFECE reconsiderar dicha eliminación ya que, en su opinión, la explicación contenida en el párrafo citado es útil para explicar de qué manera se puede acreditar la existencia de una práctica monopólica absoluta. Particularmente, este párrafo expone cómo, para demostrar la existencia de un convenio, contrato o arreglo anticompetitivo, no sólo basta con una manifestación expresa de una práctica coordinada, sino que (aún en ausencia de una manifestación expresa) también es posible demostrar la existencia de un acuerdo colusorio a través de elementos de convicción que precisamente esa COFECE obtiene por medio de su investigación.

c) OBJETO O EFECTO

¹² Página 2 del Anteproyecto Absolutas - Glosario.

¹³ Página 11 de la Guía Absolutas.

La Guía Absolutas establece:

"[...] la Comisión tiene facultades para sancionar el objeto de la conducta sin que necesariamente se materialice el efecto de la misma"

Sin embargo, el Anteproyecto Absolutas propone eliminar dicho enunciado. Al respecto, SAI sugiere a esa COFECRE reconsiderar dicha eliminación. Efectivamente, la LFCE hace referencia a que serán sancionables los acuerdos entre competidores que tengan algún objeto o efecto anticompetitivo (aquellos enlistados en el artículo 53). De esta forma, dicho párrafo hace expreso y enfatiza que basta con que la conducta haya tenido un objeto anticompetitivo para que ésta sea ilícita, aún cuando el efecto no se haya materializado. Por un lado, esta aclaración es consistente con el texto legal. Por otro, incluirlo en el Anteproyecto Absolutas puede ser de utilidad para aquellos lectores que no estén tan familiarizados con la legislación en materia de competencia económica.

d) MERCADO RELEVANTE

El Anteproyecto Absolutas propone la siguiente inclusión:

"[...] en el análisis de una práctica monopólica absoluta no se determina un mercado relevante como lo establece la Ley en el caso de las prácticas monopólicas relativas, sino el mercado en el que posiblemente se realizaron las prácticas monopólicas absolutas investigadas"¹⁴.

En opinión de SAI, para un lector que no esté familiarizado con los conceptos de competencia, pudiera ser confuso cuál es la diferencia entre un "mercado relevante" y un "mercado en el que posiblemente se realizaron las prácticas". De esta forma, SAI recomienda explicar con mayor detalle la distinción entre ambos conceptos.

Aunado a ello, pudiera ser útil hacer notar de forma expresa que para el caso de las prácticas monopólicas absolutas también es necesario determinar un mercado que permita confirmar que los agentes económicos involucrados son, en efecto, competidores. Efectivamente, en ausencia de dicho carácter de competidores no es posible que ocurra una práctica monopólica absoluta; sin embargo, ser o no competidores depende precisamente del mercado en que ambas partes participan y en el que están cometiendo la práctica en cuestión. Por ello, pudiera ser útil explicar que dos agentes económicos pueden tener el carácter de competidores en ciertos casos, pero en otros no y, por ello, es indispensable hacer

¹⁴ Página 13 del Anteproyecto Absolutas- Análisis preliminar del mercado

una evaluación de cuál es el mercado en el que ocurre la práctica y cuál es la participación que tienen dichos agentes económicos en ese mercado.

e) SANCIONES Y RESPONSABILIDAD

La Guía Absolutas actualmente no hace referencia a las sanciones aplicables para el caso de coadyuvar en la comisión de una práctica monopólica absoluta. El Anteproyecto Absolutas propone la siguiente inclusión:

"También procede imponer sanciones pecuniarias para quienes coadyuven, propicien o induzcan la realización de prácticas monopólicas absolutas, y sanciones pecuniarias o incluso la inhabilitación para quienes participen directa o indirectamente en prácticas monopólicas en representación o por cuenta y orden de personas moral ¹⁵.

SAI considera favorable esta inclusión puesto que hace expreso que la coadyuvancia o facilitación de una práctica monopólica absoluta también es sancionable, y que las sanciones no sólo son aplicables para el actor directamente involucrado en la comisión de la misma. Sin embargo, sería útil que se explicara cómo debe entenderse el concepto de coadyuvancia.

En particular, no es claro si para calificar como coadyuvante se requiere una participación activa dentro de la práctica y tener un incentivo para que ésta tenga lugar (por ejemplo, que como coadyuvante del cartel se vaya a obtener algún beneficio que en ausencia del mismo no se obtendría). Tampoco es claro cómo COFECE podría evaluar o determinar la existencia de lo anterior. Así, SAI exhorta a esa COFECE a incluir ejemplos que permitan delimitar el alcance de la coadyuvancia con la finalidad de dar mayor certeza jurídica a los agentes económicos respecto a en qué casos podrían proceder las sanciones referidas en el párrafo citado.

Por otro lado, el Anteproyecto Absolutas también propone la siguiente inclusión:

"las prácticas monopólicas absolutas serán nulas de pleno derecho, es decir, no producirán efecto jurídico alguno y los Agentes Económicos que incurran en ellas podrán ser sancionados conforme a la LFCE, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pudiere resultar"¹⁶

SAI considera que esta inclusión es útil; sin embargo, al igual que en el caso anterior, SAI considera que el Anteproyecto Absolutas debería entrar al detalle de qué implica cada una de dichas responsabilidades y el papel que desempeña

¹⁵ Página 17 del Anteproyecto Absolutas- Programa de inmunidad.

¹⁶ Página 6 del Anteproyecto Absolutas- Las prácticas monopólicas absolutas

COFECE respecto a éstas. Esto con el objetivo de que el Anteproyecto Absolutas cumpla su propósito de brindar mayor transparencia y certeza a aquéllos que no están familiarizados con la política de competencia.

f) PROGRAMA DE INMUNIDAD

SAI aplaude el hecho de que se haga referencia al programa de inmunidad en el Anteproyecto Absolutas ya que es una forma de promover su atractivo hacia los agentes económicos. En particular, el Anteproyecto Absolutas establece lo siguiente:

*"El PROGRAMA DE INMUNIDAD, permite que un Agente Económico reciba una reducción de las sanciones que recibiría en caso de ser partícipe de una práctica monopólica absoluta. Dicha reducción puede ascender hasta una multa mínima. La COFECE mantendrá con carácter confidencial la identidad de quienes pretendan acogerse al PROGRAMA DE INMUNIDAD."*¹⁷

Sin embargo, SAI considera que pudiera ser útil que la referencia al programa de inmunidad dentro del Anteproyecto Absolutas se complemente con:

- (i) una breve explicación de en qué consiste el Programa de Inmunidad para que aquéllos que no están familiarizados con el mismo puedan tener una idea general del mismo;
- (ii) la referencia expresa a que uno de los beneficios de este es evitar las posibles sanciones penales aplicables a las prácticas monopólicas absolutas, ya que es un atractivo importante para que los agentes económicos implicados en prácticas monopólicas absolutas decidan acogerse al mismo; y
- (iii) una invitación a que se revise la "Guía para el programa de inmunidad y reducción de sanciones" para mayor detalle sobre los requisitos para acogerse al mismo, en su caso, y a las Disposiciones Regulatorias expresamente aplicables al mismo.

Efectivamente, el programa de inmunidad ha sido una herramienta de suma importancia para que, por un lado, COFECE se haga de evidencia suficiente para acreditar la existencia de prácticas monopólicas absolutas que ya hayan ocurrido y, por otro, para disuadir que ocurran futuros acuerdos colusivos. Por ello, en opinión de SAI, las recomendaciones anteriores pueden abonar a incentivar su uso.

¹⁷ Página 17 del Anteproyecto Absolutas - Programa de Inmunidad y Reducción de las Sanciones

g) ETAPA DE INVESTIGACIÓN

El Anteproyecto Absolutas enlista cuáles son aquellas herramientas que tiene COFECE para hacerse de información durante una investigación: programa de inmunidad, visitas de verificación, inspecciones, comparecencias, requerimientos de información y de documentos, solicitudes de información y documentos para autoridades, consultas de fuentes públicas de información y entrevistas.¹⁸

Sin embargo, SAI considera que sería útil para los lectores del Anteproyecto Absolutas exponer brevemente en qué consiste cada una de ellas. Lo anterior, con la finalidad de familiarizar a los agentes económicos y ciudadanos en general con el alcance de estas herramientas, pensando que no todos tendrán conocimientos jurídicos o en competencia económica para entender a qué se refieren. Dotarlos de este entendimiento puede servir para que identifiquen cómo reaccionar y cooperen de manera más efectiva con COFECE cuando cuenten con información que pudiera ser de utilidad en una investigación.

Al hacer esta labor, SAI estima importante que COFECE haga notar lo siguiente:

- Para el caso particular de las visitas de verificación, SAI recomienda que se haga referencia expresa a que:
 - i. se pueden llevar a cabo en cualquier momento, sin previo aviso al agente económico y sin mediar orden judicial;
 - ii. durante las mismas, COFECE cuenta con facultades de revisar toda la información, física o digital, que se relacione con el objeto de la investigación y se encuentre dentro de las instalaciones que estén siendo visitadas;
 - iii. que los visitados tienen derecho a contar con la asesoría de su abogado durante la visita y a hacer las manifestaciones que a derecho convenga al concluir la misma.
- Por otro lado, respecto a los requerimientos de información, SAI recomienda que se incluya explícitamente:
 - i. la mención de que los agentes económicos que reciban un requerimiento de información no necesariamente están siendo investigados, sino que pudieron recibirlo debido a que participan en el mercado y, por lo tanto, podrían tener conocimiento de la práctica investigada;

¹⁸ Página 13 del Anteproyecto Absolutas - Recolección de datos y evidencia.

- ii. que, aun cuando en el requerimiento de información se indique que al agente económico requerido tiene el carácter de “tercero coadyuvante”, dicho carácter podría cambiar conforme avance la investigación y dependiendo de los resultados que ésta arroje.

SAI hace estas recomendaciones porque podrían servir a resolver dudas que son comunes entre los agentes económicos que participan en una investigación y no están familiarizados con cómo se llevan a cabo éstas. Así, se les brindaría mayor certeza a los lectores del Anteproyecto Absolutas respecto al alcance de estas herramientas.

Por otro lado, SAI recomienda indicar expresamente que, durante la etapa de investigación, las notificaciones que se publiquen en la lista de notificaciones electrónica no revelarán el nombre de ningún agente económico. Sin embargo, también sería útil hacer notar que, una vez iniciado el procedimiento seguido en forma de juicio, las notificaciones que se publiquen en la lista de notificaciones electrónica sí especifican el nombre de los agentes económicos a quienes van dirigidas.

Sobre lo anterior, SAI desea hacer notar a esa COFECE que ha notado que cuando un acuerdo publicado en la lista de notificaciones electrónica va dirigido a varios agentes económicos éste sólo enlista a uno o algunos y al resto los engloba como “y otros”. Al respecto, si bien entiende que esto se hace por cuestión de practicidad, pudiera generar una disparidad entre aquéllos cuyo nombre sí sale listado y aquéllos que no. Para evitar ese trato diferenciado, SAI sugiere que se incluya el nombre de todas las personas morales involucradas. Respecto a las personas físicas, SAI recomienda no incluir los nombres con el fin de salvaguardar la identidad y seguridad de esa persona.

III. COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE LA GUÍA PARA TRAMITAR EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN POR PRÁCTICAS MONOPÓLICAS RELATIVAS O CONCENTRACIONES ILÍCITAS (“ANTEPROYECTO RELATIVAS”).

a) DEFINICIONES

SAI identificó que el Anteproyecto Absolutas eliminó las definiciones de “**Agente Económico**” y de “**Autoridad Investigadora**”¹⁹ que estaban incluidas en la actual guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas (“Guía Relativas”). Al respecto, SAI sugiere retomarlos nuevamente en virtud de que: (i) son términos definidos que se utilizan a lo largo de todo el Anteproyecto Relativas y (ii) son conceptos básicos para el entendimiento de la política de competencia económica.

b) PRÁCTICAS MONOPÓLICAS RELATIVAS

Tanto en el Anteproyecto Relativas como la Guía Relativas se enlistan las prácticas monopólicas relativas establecidas en el artículo 56 de la Ley Federal de Competencia Económica. No obstante, uno de los cambios que incluye el Anteproyecto Relativas es incluir el “nombre” de cada una de las prácticas enlistadas antes de la definición de las mismas.

Al respecto, SAI aplaude la inclusión de dicho “nombre” ya que facilita la lectura y entendimiento de las mismas. Incluso, SAI considera que pudiera bastar sólo con ese “nombre” y remitir a la Ley para el detalle completo de en qué consiste la hipótesis normativa. Lo anterior podría servir para que el Anteproyecto Relativas sea más sucinto y puntual.

Por otro lado, SAI también identificó que el Anteproyecto Relativas incluye modificaciones en la definición de las prácticas monopólicas relativas enlistadas. SAI entiende que dichas modificaciones se hicieron a efectos de resumir conceptos. Sin embargo, en algunos casos, esta simplificación deja fuera elementos importantes que se deben tomar en cuenta para la evaluación de la práctica, sin los cuales una conducta no encuadraría en el supuesto normativo establecido por la ley. En este sentido, SAI sugiere que las definiciones de las prácticas monopólicas relativas sean más apegadas a los conceptos de la ley a efecto de dar certeza jurídica respecto a la totalidad de elementos que deben acreditarse para encuadrar en la hipótesis normativa.

¹⁹ Página 2 del Anteproyecto Absolutas - Glosario.

En particular, SAI se refiere al texto identificado en negritas a continuación:

Guía Relativas	Anteproyecto Relativas
La venta, compra o transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero	Exclusividad condicionada. La venta, compra o transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir o vender los bienes o servicios de un tercero.
La acción unilateral consistente en rehusarse a vender, comercializar o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros	Negativa de trato. La acción unilateral consistente en negarse a vender a personas determinadas, bienes o servicios de un tercero.
La concertación entre varios Agentes Económicos o la invitación a estos para ejercer presión contra algún Agente Económico o para rehusarse a vender, comercializar o adquirir bienes o servicios a dicho Agente Económico, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado	Boicot. La concertación entre varios Agentes Económicos o la invitación a estos para ejercer presión contra algún Agente Económico o para rehusarse a vender o adquirir bienes o servicios a dicho Agente Económico
La venta por debajo de su costo medio variable o la venta por debajo de su costo medio total, pero por arriba de su costo medio variable , si existen elementos para presumir que le permitirá al Agente Económico recuperar sus pérdidas mediante incrementos futuros de precios, en los términos de las Disposiciones Regulatorias	Depredación de precios. La venta por debajo de costos acompañada de elementos para presumir la posibilidad de recuperar las pérdidas con incrementos futuros de precios
El otorgamiento de descuentos, incentivos o beneficios por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, o la compra o transacción sujeta al	Descuentos por lealtad. El otorgamiento de descuentos, incentivos o beneficios a compradores, condicionados a no usar, adquirir o vender los bienes o servicios de un tercero, o condicionar la venta al requisito de no vender, o proporcionar estos productos a un tercero

requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción	
La denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias a un insumo esencial por parte de uno o varios Agentes Económicos	Negativa de un insumo esencial. La denegación, restricción de acceso o acceso en condiciones discriminatorias a un insumo esencial
El estrechamiento de márgenes, consistente en reducir el margen existente entre el precio de acceso a un insumo esencial provisto por uno o varios Agentes Económicos y el precio del bien o servicio ofrecido al consumidor final por esos mismos Agentes Económicos, utilizando para su producción el mismo insumo	Estrechamiento de márgenes. La reducción de márgenes entre el precio de acceso a un insumo esencial y el precio del bien o servicio final, que requiere dicho insumo para su producción

c) CONCENTRACIONES ILÍCITAS

SAI entiende que el Anteproyecto Relativas es emitido por la Autoridad Investigadora y que todos los procedimientos que estén relacionados con la omisión de notificar una concentración no son parte de sus facultades; sin embargo, SAI considera que es importante que se incluya referencia al tema de forma general para brindar mayor claridad a los lectores del Anteproyecto Relativas.

En particular, el artículo 65 de la LFCE dispone que aquellas concentraciones que no requieren ser notificadas no podrán ser investigadas una vez que haya transcurrido un año. Por otro lado, conforme lo dispuesto por el artículo 137 en caso de que sí requirieran de notificación previa y ésta no se haya llevado a cabo, la Autoridad Investigadora contará con un plazo de diez años para investigar su ilicitud. Así, para que la Autoridad Investigadora pueda hacer uso de sus facultades para investigar una posible concentración ilícita es indispensable que, previamente, la Secretaría Técnica haya analizado si la concentración requería o no ser notificada.

Por lo anterior, SAI considera que es indispensable que el Anteproyecto Relativas haga expreso cómo se vinculan las investigaciones por concentraciones ilícitas que lleve a cabo la Autoridad Investigadora con aquellos procedimientos por concentraciones no notificadas que lleve a cabo la Secretaría Técnica. Para ello,

el Anteproyecto Relativas podría retomar lo ya incluido en el artículo 133 de las Disposiciones Regulatorias respecto a que cuando la Secretaría Técnica tenga como elementos para creer que hay una omisión para notificar puede iniciar el procedimiento incidental correspondiente.

Aunado a ello, sería útil que el Anteproyecto Relativas reconozca que, en los casos en que la Secretaría Técnica tenga conocimiento de que la operación correspondiente está siendo investigada por la Autoridad Investigadora, la resolución del procedimiento incidental que lleve a cabo deberá versar únicamente sobre el cumplimiento o el incumplimiento a la obligación de notificar una concentración en términos de la Ley, así como sobre las sanciones correspondientes (artículo 133 último párrafo de las Disposiciones Regulatorias).

Finalmente, el Anteproyecto Relativas podría detallar cómo será la tramitación de la investigación por concentración ilícita en aquellos casos en los que ésta se inició previamente o en paralelo al procedimiento incidental de la Secretaría Técnica, a efecto de asegurar que haya congruencia entre ambos.

d) ELEMENTOS FORMALES

El Anteproyecto Relativas²⁰ establece que la Autoridad Investigadora debe iniciar una investigación si, entre otros, tiene *"elementos para considerar que el o los Agentes Económicos que están llevando a cabo la conducta tienen o podrían tener **poder sustancial en el mercado en que se realiza la conducta**"*.²¹ Sin embargo, considera que esto puede acotar innecesariamente este aspecto. En efecto, existen casos en los que una práctica puede realizarse en un mercado donde el agente económico no tiene poder sustancial, sin embargo, ésta sólo es posible derivado del poder sustancial de dicho agente económico en un mercado relacionado.

Por ejemplo, en el caso de las ventas atadas, un agente económico se vale de su poder sustancial en un mercado para condicionar la venta de un producto donde tiene poder sustancial a la de un producto donde no tiene poder sustancial, utilizando así esta estrategia de monopolización para extender su poder sustancial a otro mercado. Es decir, la práctica se realiza en un mercado donde no tiene poder sustancial (producto atado); sin embargo, sí actualiza el supuesto normativo por tener poder sustancial en el mercado relacionado (producto atante).

²⁰ Ídem.

²¹ Página 12 del Anteproyecto Relativas - Elementos formales.

Así, SAI sugiere modificar la redacción de dicha referencia para no limitar la práctica al mercado donde el agente cuente con poder sustancial y dejarlo abierto, de la siguiente manera: “[...] Se tengan elementos para considerar que el o los Agentes Económicos que están llevando a cabo la conducta tienen o podrían tener poder sustancial en el mercado”.

e) COMPROBACIÓN, DESECHAMIENTO Y/O REFORMULACIÓN DE HIPÓTESIS DE DAÑO

El Anteproyecto Relativas enlista una serie de supuestos a partir de los cuales se podrá proponer el cierre de la investigación. El último de los puestos es el siguiente:

“viii) que, existiendo la concentración, se cuente con elementos que permitan advertir a la Autoridad Investigadora, lo siguiente: a) que la concentración no debió ser previamente notificada a para su autorización a la COFECE, en términos de lo dispuesto en el artículo 86 de la LFCE y, b) que el acto jurídico materia de la concentración se perfeccionó un año natural previo a la emisión del acuerdo de inicio de investigación.”⁶⁰

Para el análisis de prácticas monopólicas relativas y tal y como se desprende de la lectura del artículo 55 de la LFCE, es el Agente Económico quien debe demostrar la existencia de ganancias en eficiencia; usualmente los agentes presentan información para demostrar lo anterior en el procedimiento seguido en forma de juicio. Sin embargo, si la existencia de dichas ganancias en eficiencias fue demostrada durante el procedimiento de investigación, se tomará en cuenta para un posible cierre de la investigación por esta causa.

“Para el caso del análisis de concentraciones que pudieran ser ilícitas, será necesario que el o los Agentes Económicos demuestren las ganancias en eficiencia de la operación en términos de lo dispuesto por los artículos 63, fracción V, de la LFCE y 14 de las DISPOSICIONES REGULATORIAS.”²²

Al respecto, SAI considera que los últimos 2 párrafos no forman parte del supuesto (viii) en virtud de que no tienen relación con lo que refiere el primer párrafo respecto a las concentraciones. Por tanto, SAI entiende que éstos debieran ir como párrafos independientes, sin tener la misma sangría que el listado de supuestos.

Independientemente de dicha cuestión de forma, SAI pone a consideración de esa comisión revisar si estos 2 párrafos efectivamente deben seguirse al listado de supuestos para proponer el cierre del expediente y, en general, si pertenecen a la

²² Página 21 del Anteproyecto Relativas - Comprobación, desechamiento y/o reformulación de hipótesis de daño

sección de “Comprobación, desechamiento y/o reformulación de hipótesis de daño”:

- Por un lado, SAI estima que la demostración de ganancias en eficiencia no se relaciona con el cierre del expediente ni con el acuerdo de conclusión e la investigación al que refiere el párrafo inmediato siguiente.
- Por otro lado, estos párrafos pudieran ir más relacionados con la sección “Recolección de datos y evidencia”. En efecto, SAI estima que los elementos que permitan demostrar la existencia de ganancias en eficiencia son parte de aquellos medios de convicción de los que puede allegarse la Autoridad Investigadora para conocer la verdad de los hechos materia del procedimiento. De esta forma, las herramientas investigativas con las que la Autoridad Investigadora cuenta también sirven para acreditar dichas ganancias en eficiencia.

Aunado a ello, SAI nota que estos 2 párrafos indican que “es el Agente Económico quien debe demostrar la existencia de ganancias en eficiencia”. De esta forma, el Anteproyecto Relativas deja la carga de la prueba completamente en el agente económico investigado. Si bien éste tiene incentivos para acreditar dichas ganancias en eficiencia con el objeto de acreditar que su conducta no fue ilícita, SAI considera que no por ello la Autoridad Investigadora no tiene la responsabilidad de identificar o confirmar dichas ganancias en eficiencia durante su investigación. Por tanto, SAI sugiere a COFECE evaluar si es correcta la redacción de dichos párrafos en términos de carga de la prueba.

f) EJEMPLO: AEROPUERTO DE CANCÚN

Al hablar de la “Comprobación, desechamiento y/o reformulación de hipótesis de daño”, el Anteproyecto Relativas incluye un ejemplo en el cual se describe el caso del Aeropuerto de Cancún. Éste incluye una referencia al “interés” de cometer una práctica monopólica relativa:²³

*“El Aeropuerto **tiene interés en impedir la entrada de nuevos competidores**, pues los ingresos que obtiene por el Servicio de Acceso en el AIC se encuentran vinculados directamente con los ingresos que obtienen los prestadores del Servicio de Autotransporte en el AIC, al cobrar un porcentaje de los ingresos de los transportistas.”²⁴*

²³ Páginas 22 a 24 del Anteproyecto Relativas - Comprobación, desechamiento y/o reformulación de hipótesis de daño.

²⁴ Página 23 del Anteproyecto Relativas - Comprobación, desechamiento y/o reformulación de hipótesis de daño.

Al respecto, SAI aplaude la inclusión de ejemplos que puedan facilitar al lector cómo se aplican en la práctica diversos conceptos técnicos. No obstante, SAI estima que pudiera ser útil abordar en el Anteproyecto Relativas el alcance del concepto de “teoría del daño”; es decir, qué elementos lo componen. En efecto, los lectores del Anteproyecto Relativas pudieran no contar con suficientes conocimientos de competencia económica para entender cómo se vincula el interés de cometer una práctica monopólica relativa con la teoría del daño. Asimismo, SAI considera existen otros escenarios de teoría del daño que podrían ejemplificarse. Por ejemplo, pudiera ser útil explicar qué tanto impacta la integración vertical o la capacidad de monopolizar el mercado al momento de evaluar si existe o no teoría del daño que sustente el posible desplazamiento derivado de la práctica monopólica relativa.

g) **DISPENSA Y REDUCCIÓN DE MULTAS**

Tanto la Guía Relativas como el Anteproyecto Relativas incluyen una referencia al beneficio de dispensa y reducción de multas. Al respecto, SAI sugiere que se aproveche la oportunidad para remitir a los lectores a la “Guía de los procedimientos de dispensa y reducción del importe de multas”, ya que es ahí donde se detalla de forma específica la forma en la que se llevara a cabo el procedimiento de dispensa y reducción de multas.

Aunado a ello, SAI identificó que la Guía Relativas refiere a que los agentes económicos pueden solicitar este beneficio al:

*“[...] hacer explícito su interés **en no cometer conductas** que pudieran ser consideradas como prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, **o bien, cesar de realizar actos** que pudieran, bajo ciertas circunstancias, ser así calificadas, a fin de restaurar el proceso de libre competencia económica o libre concurrencia.”*

Sin embargo, el Anteproyecto Relativas modifica ese texto y refiere a:

*“[...] hacer explícito su interés **de corregir conductas o actos** que pudieran ser consideradas como prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, **o bien, suspender o suprimir actos** que pudieran, bajo ciertas circunstancias, ser así calificadas, a fin de restaurar el proceso de libre competencia económica o libre concurrencia”.*

SAI aplaude dichas modificaciones en virtud de que son más apegadas a lo que dispone el texto legal aplicable. No obstante, recomienda a COFECE aprovechar que se está abordando el tema en el Anteproyecto Relativas para exponer qué debe entenderse o cómo debe evaluarse si los compromisos propuestos cumplen

con esas características de corrección, suspensión o supresión. Por ejemplo, puede haber casos en los que, en la práctica, el daño causado por la práctica monopólica relativa o concentración ilícita es irreparable y, por tanto, no es claro qué tanto o de qué manera se puede corregir.

Más adelante, el Anteproyecto Relativas (en congruencia por lo dispuesto en la legislación) establece que:

*"[...] es importante que los Agentes Económicos que soliciten acogerse a este beneficio **demuestren que las medidas que proponen son jurídica y económicamente viables e idóneas para evitar llevar a cabo o dejar sin efectos la práctica monopólica o concentración ilícita, señalando los plazos y términos para su comprobación.**"*

En este sentido, SAI recomienda a COFECE que también detalle qué aspectos evalúa al momento de verificar si las medidas propuestas son "jurídica y económicamente viables e idóneas." Asimismo, sería útil definir si basta con "evitar llevar a cabo" futuras infracciones o, en qué casos, lo deseable es "dejar sin efectos" la infracción ya cometida.

Al respecto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos ("OCDE")²⁵ indicó en el "Examen Inter-pares sobre el derecho y política de competencia: México 2020" que México no ha logrado establecer un buen sistema para establecer compromisos y sugirió utilizar menos esta figura para poder generar jurisprudencia respecto de prácticas verticales y unilaterales. Esto debido a que los análisis completos basados en los efectos de las infracciones respaldarían un mejor entendimiento de estos casos.

De esta forma, SAI estima que las recomendaciones anteriormente apuntadas pudieran servir para atender lo señalado por la OCDE y evitar el abuso a esta figura. En efecto, si bien el beneficio de dispensa y reducción de sanciones es de suma utilidad y conlleva importantes beneficios, SAI considera no es deseable que su uso excesivo se traduzca en permitir la interpretación de que la comisión de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas son fácilmente dispensadas. En efecto, se debe procurar que la manera en que este beneficio se aplica no reduzca el efecto disuasorio de las sanciones.

h) ERRORES DE FORMA

²⁵ Para ver el reporte completo favor de consultar el siguiente enlace:
<https://www.oecd.org/daf/competition/Mexico-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-es.pdf>

Al revisar el Anteproyecto Relativas, SAI identificó dos errores menores de forma que recomienda se corrijan en la versión final que derive del Anteproyecto Relativas:

- Al iniciar el apartado de “Formulación de hipótesis” se incluye lo siguiente:

*“hechos que sirvieron como causa objetiva para iniciar la investigación”.*²⁶

Dicho enunciado está incompleto, por lo que SAI sugiere modificarlo de la siguiente manera:

“En esta etapa se formula una explicación tentativa de la causa y efectos de los hechos que sirvieron como causa objetiva para iniciar la investigación”.

- En la sección de “Identificación del carácter de la información que obra en un expediente de investigación”, se habla de la información que recibirá la Dirección General de Investigaciones de Mercado. Las fracciones (i) y (ii) refieren a “información pública” e “información confidencial”. Posteriormente, se incluye como un párrafo independiente lo siguiente:

Información reservada: aquella a la que sólo los Agentes Económicos con interés jurídico en el procedimiento pueden tener acceso.⁵⁴ Es importante reiterar que durante el procedimiento de investigación no se permitirá el acceso al expediente a persona alguna y sólo en el procedimiento seguido en forma de juicio los Agentes Económicos con interés jurídico pueden tener acceso a la información considerada como pública y reservada, pero no tendrán acceso a la información identificada como confidencial.⁵⁵

SAI entiende que el texto inicial de este párrafo (identificado con negritas) forma parte del listado anterior y debiera estar identificado como una fracción (iii). Por tanto, sugiere corregirlo y dejar sólo el resto del párrafo de forma independiente al listado.

²⁶ Página 16 del Anteproyecto Relativas - Formulación de hipótesis.