



Ciudad de México a 27 de octubre de 2020

COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE GUÍA SUJETO A CONSULTA PÚBLICA

El 18 de septiembre de 2020, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE o Comisión) publicó el inicio de la consulta pública respecto del Anteproyecto de Modificación a la Guía de Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones (Anteproyecto).

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 la Guía 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 COFECE y el sector privado trabajen de la mano para una mejor aplicación del marco legal de competencia económica, el Comité de Competencia Económica de ANADE plantea algunas reflexiones en torno al Anteproyecto.

En primera instancia, de forma general, se solicita remitirse y considerar los comentarios que el Comité de Competencia Económica de ANADE envió el 3 de noviembre de 2019 al Anteproyecto de Disposiciones Regulatorias del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones, así como aquéllos enviados el 3 de julio de 2020 a los cuatro anteproyectos que se sometieron a consulta pública a mediados de año.¹ En efecto, algunos de ellos también resultan aplicables para este nuevo Anteproyecto. Por ejemplo, aquéllos respecto de:

- la inclusión de disposiciones más específicas y exhaustivas sobre el tratamiento de información confidencial; y
- la emisión de criterios o definiciones sobre el alcance del concepto de coadyuvancia.

¹ Los Anteproyectos de (i) la Guía para el inicio de investigaciones por prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas; (ii) la Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas absolutas; (iii) la Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas; y (iv) la Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos.



Ahora bien, a continuación, se incluyen comentarios sobre algunos temas particulares abordados en el Anteproyecto:

1) Otorgamiento de inmunidad por mercado

El Anteproyecto establece que:

- La solicitud para acogerse al programa debe señalar “la industria o el mercado, incluyendo los bienes o servicios objeto de la solicitud”.²
- “El Marcador se otorgará por mercado – ya sea el mercado objeto de la solicitud o el Mercado Investigado definido previamente en la investigación en curso –, y no por conducta.”³
- “En aquellos casos en los que alguna o algunas de las posibles Prácticas monopólicas absolutas identificadas y reportadas sean de un mercado distinto al que es materia de una investigación por la cual se ingresó al Programa, el Solicitante podrá acogerse mediante una nueva solicitud al mismo, para efectos de obtener el beneficio en el mercado correspondiente”.⁴

Al respecto, el Comité de Competencia Económica de ANADE considera que lo anterior:

- Impone una carga desproporcional al solicitante, al implicar la necesidad, para éste, de hacer un análisis de cómo se deben definir los distintos mercados que pudieran estar relacionados con la conducta respecto a la cual está solicitando inmunidad. Este análisis requiere de conocimientos técnicos y especializados que no todos los solicitantes tendrán, y que no les corresponde tener, para ser elegibles a la inmunidad. Esto pudiera también constituir una violación al principio de seguridad jurídica, sobre todo a la luz de las distintas interpretaciones que pudiera tener la definición de un mercado.
- Pasa por alto que COFECE no lleva a cabo un análisis similar para la definición de mercados en los casos de prácticas monopólicas absolutas, contrario a los casos de prácticas monopólicas relativas, donde el artículo 54 de la Ley Federal de Competencia Económica claramente establece que dicho análisis es necesario.

² Página 12 del Anteproyecto.

³ Página 13 del Anteproyecto.

⁴ Página 15 del Anteproyecto.

- Omite considerar que el solicitante acude al programa de inmunidad a confesar hechos de los que fue partícipe (i.e. circunstancias de modo, tiempo y lugar). Éstos podrán involucrar a uno o varios mercados y podrán configurar una o varias prácticas monopólicas absolutas. Determinar eso corresponderá a la Autoridad Investigadora, a partir de la información de la que se allegue a lo largo de la investigación.

Por lo anterior se considera que carece de sentido separar el orden de los marcadores para inmunidad dentro de un mismo expediente de investigación que versa respecto a un mismo acuerdo colusorio. Por otro lado, separar la investigación en varios expedientes por mercado abre la puerta a contrariar el principio de *non bis in idem* cuando un mismo acuerdo colusorio involucra múltiples mercados simultáneamente.

2) *Requisito de tipificar la práctica anticompetitiva*

El Anteproyecto establece que la obligación de cooperación plena y continua que debe realizar el solicitante incluye:

[...]

(a) *Reconocer la participación en la o las prácticas monopólicas absolutas reportadas.*⁵

En línea con lo comentado anteriormente, este requisito impone una carga desproporcional al solicitante, pues requiere que se pronuncie sobre conceptos técnicos de los cuales no necesariamente puede tener conocimiento respecto a su alcance o cómo deben interpretarse o analizarse. Asimismo, un solicitante podrá no tener información completa para determinar si determinadas conductas en las que incurrió tuvieron un efecto anticompetitivo.

Efectivamente, el solicitante acude a narrar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que considera podrían constituir un acuerdo colusorio. No obstante, corresponde a la Autoridad Investigadora determinar si dichas circunstancias efectivamente configuran una práctica monopólica absoluta y, en su caso, cuál(es).

3) *Disclosure de todas las prácticas anticompetitivas que se cometan en un mismo mercado*

⁵ Página 18 del Anteproyecto.

El Anteproyecto establece que la obligación de cooperación plena y continua que debe realizar el solicitante incluye:

[...]

- (h) Reportar todas las posibles prácticas monopólicas absolutas en las que haya participado o esté participando en el mercado a que hace referencia el artículo 3, fracción VI de las Disposiciones Regulatorias del Programa, de las que tenga conocimiento.⁶

Para ahondar en la explicación de lo anterior, el Anteproyecto utiliza el siguiente ejemplo 3:

Una empresa solicita ingresar al Programa días después de publicarse el acuerdo de inicio de la investigación de oficio en el mercado de la producción, distribución y comercialización de muebles de madera de encino. En su solicitud para ingresar al Programa, dicha empresa describe el acuerdo que tiene con una empresa competidora para dividirse los proveedores a los que cada uno le compra. Después de algunas reuniones con la Autoridad Investigadora, la empresa se percató de que las reuniones mensuales que tiene con otras empresas del mercado podrían también implicar una conducta contraria a la LFCE. Por lo tanto, considerando su obligación de cooperación plena y continua, hace esto del conocimiento de la Autoridad Investigadora y le proporciona las minutas de dichas reuniones mensuales.⁷

Sin embargo, en opinión del Comité de Competencia Económica de ANADE, este requisito es excesivo al ir más allá del alcance de la investigación objeto de la inmunidad. En efecto, el Anteproyecto condiciona la inmunidad respecto a un acuerdo del que sí se esté entregando toda la información necesaria para que la Autoridad Investigadora arme su caso, al requisito de también revelar la existencia de acuerdos colusorios adicionales que se relacionen con el mismo mercado a aquél en el que se está solicitando la inmunidad.

Si el solicitante incurrió en acuerdos colusorios adicionales a aquél que reportó al solicitar inmunidad, éstos podrán ser objeto de una investigación diversa por parte de la Autoridad Investigadora y no estarán protegidos por la inmunidad solicitada originalmente. Será decisión del solicitante también reportarlos o no a COFECE, en una solicitud independiente a la que le recaiga otro marcador.

⁶ Página 18 del Anteproyecto. El artículo 3 VI de las Disposiciones Regulatorias del Programa dispone: “El procedimiento para solicitar el beneficio condicional a que se refiere el artículo 103 de la Ley, se tramitará de conformidad con lo siguiente: (VI) Los acuerdos que se emitan en términos de la fracción anterior se notificarán personalmente al solicitante. Cuando exista una investigación en curso, el acuerdo condicional de inmunidad se otorgará conforme al mercado que se investiga. En caso contrario, se otorgará considerando la información presentada por el solicitante y/o de la que se allegue la Comisión respecto del mercado objeto de la solicitud”.

⁷ Página 19 del Anteproyecto.

4) Falta claridad sobre cómo tratar a exempleados agraviados de empresas que solicitaron ser parte del Programa de Inmunidad

El Anteproyecto refiere a que

Los beneficios que brinda el Programa podrán extenderse a otras personas físicas o morales que sean parte del mismo grupo de interés económico que hubieren incurrido o estén incurriendo en las prácticas monopólicas absolutas, por ejemplo, [...] exempleados.⁸

No obstante, en opinión del Comité de Competencia Económica de ANADE, el Anteproyecto es insuficiente respecto a cómo la Autoridad Investigadora evaluará la inmunidad de aquellas personas físicas que eran empleados del solicitante al momento de la práctica colusoria, pero dejaron de serlo en un momento posterior a la solicitud de inmunidad o a lo largo del procedimiento.

Por ejemplo, si dicha persona física dejó de trabajar en una compañía involucrada en un acuerdo colusorio y, por tanto, pierde su carácter de agente económico competidor, ¿ya no estará dentro del paraguas de la inmunidad solicitada por la compañía? ¿Ese mismo ex empleado, suponiendo que dejara de cooperar en la investigación, provoca que su ex empleador (agente económico) también pueda perder el beneficio?

Existen muchos supuestos que no quedan claros y que merecen mayor atención y explicación respecto de su tratamiento en el anteproyecto propuesto.

5) Reuniones informales con la Autoridad Investigadora previas a la solicitud de inmunidad

La Guía vigente establece lo siguiente respecto al “Contacto con la COFECE”:

“Antes de que un interesado, directamente o a través de su representante, realice una solicitud para ingresar al Programa, podrá solicitar una reunión con el Titular de la Autoridad Investigadora a fin de plantear la situación de manera informal -sin tener ningún tipo de responsabilidad-, y conocer e informarse acerca del Programa o del procedimiento del Programa.”⁹

⁸ Página 11 del Anteproyecto.

⁹ Página 10 de la Guía.

Al respecto, el Comité de Competencia Económica de ANADE recomienda no eliminar la posibilidad de que algún interesado tenga la posibilidad de sostener este tipo de reuniones informales con la Autoridad Investigadora, previas a la solicitud de inmunidad, ya que son una herramienta útil para que más personas conozcan las ventajas del programa de inmunidad y decidan acogerse al mismo. De igual forma, estas reuniones permiten a la Autoridad Investigadora ir anticipando qué información debe presentar el potencial solicitante. Así, tanto la solicitud como lo que entregue durante la reunión formal podrá estar mucho más completo y ser más útil para la investigación.

6) Solicitud al Programa por parte de dos o más agentes de un mismo grupo de interés económico

Al exponer quiénes pueden presentar una solicitud para ingresar al Programa, el Anteproyecto señala que, dada su naturaleza:

“en el caso de colusión en procedimientos de contratación pública, no podrán aplicar para un mismo marcador dos o más agentes que hayan fungido como competidores en la misma conducta, aún y cuando sean parte del mismo grupo de interés económico.”¹⁰

El Comité de Competencia Económica de ANADE recomienda, a efecto de evitar confusiones o malas interpretaciones, aclarar de forma explícita que el Anteproyecto no hace esa acotación respecto de aquellos casos en los que agentes económicos de un mismo grupo de interés económico participan de forma conjunta o como un consorcio dentro de un procedimiento de contratación pública. Es decir, que lo anterior sólo aplica respecto de los casos en los cuales agentes económicos de un mismo grupo de interés económico podrán ser considerados como competidores cuando éstos se ostentaron como tales al momento de participar en un procedimiento de contratación pública.

Aunado a lo anterior, el Comité de Competencia Económica de ANADE recomienda a la Autoridad Investigadora evaluar si no compromete los incentivos que se busca crear con el Programa de Inmunidad el hecho que requiera a dos entidades jurídicas distintas pertenecientes al mismo grupo de interés económico hacer dos solicitudes independientes al Programa.

¹⁰ Página 10 del Anteproyecto.



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