
COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE MODIFICACIÓN A LA GUÍA DEL PROGRAMA DE INMUNIDAD Y REDUCCIÓN DE SANCIONES

Octubre 2020

SAI Derecho & Economía, S.C. (“SAI”) celebra que la Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE” o la “Comisión”) haya preparado modificaciones a la guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones (“Anteproyecto”). Su continua actualización brinda una mayor certeza jurídica a los agentes económicos y público en general respecto del objetivo de la Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones (“Programa de Inmunidad”), las conductas establecidas en la Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”) que pueden ser cubiertas en el Programa de Inmunidad y demás conceptos generales directamente relacionados con el mismo. Estas guías colaboran a fomentar una cultura de competencia a 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 el Anteproyecto las siguientes recomendaciones:

I. SOLICITUD PARA INGRESAR AL PROGRAMA DE INMUNIDAD

En el apartado cuarto “¿Cuál es el procedimiento del Programa de Inmunidad de Reducción de Sanciones?”, específicamente en el inciso D, sub inciso b) “Se otorga un Marcador” se explica lo siguiente:

“b.) Se otorga un Marcador

Al momento en que se asigne la Clave, se otorgará un Marcador. El Marcador garantiza el lugar del Solicitante, respecto los demás Solicitantes, siempre que aporte los elementos que le permitan a la

COFECCE iniciar una investigación o presumir la existencia de la conducta anticompetitiva. Así el Marcador permite que el Solicitante conserve dicha preferencia, por lo que mientras lo mantenga por mercado, ninguna otra persona podrá tomar su lugar. El Solicitante mantendrá su Marcador hasta que la Autoridad Investigadora evalúe la suficiencia de la información proporcionada por el Solicitante.

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.

Ejemplo 1. Otorgar marcador por mercado

La Autoridad Investigadora tiene una investigación en curso en el mercado de la distribución y comercialización de uniformes escolares. Una empresa participa en dicho mercado y, al enterarse de la investigación, solicita ingresar al Programa ya que llevó a cabo un acuerdo con su competidor, para dividirse los clientes que tienen en las escuelas y aumentar el precio de venta a las tiendas de autoservicio, con la intención de asegurar ganancias a ambos. Considerando las distintas conductas, el Interesado presenta diversas solicitudes de inmunidad.

Ahora bien, a pesar de que se hayan presentado diversas solicitudes, por los distintos supuestos, la Autoridad Investigadora le otorga un Marcador único, tomando en cuenta que todas las conductas ocurrieron en el mismo mercado investigado.

Ejemplo 2. Otorgar un mercado [sic.] por mercado

Una empresa presenta una solicitud para ingresar al Programa en donde señala que acordó con sus competidores las posiciones que presentarían en sus propuestas para participar en un procedimiento de contratación pública del gobierno para la adquisición de fertilizantes.

Considerando que la Autoridad investigadora no tiene una investigación abierta en dicho mercado, analizará la información presentada por dicha empresa y en caso de que esta sea suficiente, determinará el mercado que se investigará, y a partir de

la definición del mercado investigado, se otorgará el Marcador correspondiente.”¹

Al respecto, SAI considera que no es adecuado otorgar el Marcador por Mercado Investigado; puesto que éste debería ser otorgado por conducta. Al respecto, nótese que si el objetivo primordial del Programa de Inmunidad es detectar/desestabilizar cárteles es importante que los marcadores se otorguen por conducta. En efecto, en un mismo mercado puede haber acuerdos colusorios independientes entre sí que involucren a personas distintas. Si el Marcador es otorgado por mercado, puede ser que sólo se esté detectando un acuerdo colusorio y no existan los incentivos para que los involucrados en otro acuerdo colusorio en el mismo mercado acudan al programa de inmunidad.

De hecho, otorgar el Marcador por conducta es acorde con las mejores prácticas internacionales. Por ejemplo, la Comisión Europea en el caso AT.39861² (“Yen Interest Rate Derivate -YIRD-”) al imputar responsabilidad por colusiones relacionadas con las tasas de interés de Yenes Japoneses respecto al LIBOR identificó diversos acuerdos colusorios en la investigación. Debido a que cada una de las colusiones constituyeron un acuerdo e infracción separada, la Comisión Europea examinó las aplicaciones al programa de inmunidad con base en cada caso en particular.

II. COOPERACIÓN PLENA

En el apartado A. “¿Cuáles son las obligaciones de cooperación plena y continua del Solicitante en esta Etapa? específicamente en el inciso b., se explica lo siguiente:

“La obligación de cooperación plena y continua que debe realizar el Solicitante en la etapa de investigación incluye, más no se limitan, a las siguientes acciones:

[...]

*b. La terminación de la participación en la o las Prácticas monopólicas absolutas reportadas y reconocida. **La Autoridad Investigadora podrá requerir al Solicitante que no termine***

¹ Véase el Anteproyecto de Guía de Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones, p. 12-13.

² Véase la resolución de la Comisión Europea del caso AT.39861 de fecha 4 de diciembre de 2013, p. 7, 8, 9, 19 y 20.

inmediatamente su participación en la misma para allegarse de información y documentos que estime necesarios para realizar su investigación, para lo cual deberá emitirse un acuerdo que haga constar dicha situación”³ [Énfasis Añadido]

Al respecto, SAI considera importante que en los casos en que la Comisión solicite al aplicante continuar con una conducta que está siendo investigada se limite a la instrucción de participar en reuniones/llamadas, pero a menos que sea estrictamente necesario, no consumir en el mercado los arreglos materia de la colusión. En todo caso, si COFECE solicita una cooperación de este tipo, deberá resolver que el periodo de “participación acordada” está excluida de responsabilidad y, por tanto, no debe ser considerada para el análisis de efectos de las conductas sancionadas.

III. EJEMPLO SOBRE CONSECUENCIAS DE NO COOPERACIÓN.

Asimismo, en el anteproyecto se establece lo siguiente:

“Ejemplo 4. Solicitud de inmunidad de Grupo de Interés Económico

En su solicitud de inmunidad, la “Empresa A” incluyó a sus subsidiarias y directivos. Considerando el marco legal aplicable, estas personas morales y físicas pueden gozar del mismo beneficio que la “Empresa A” siempre y cuando cooperen con la Autoridad Investigadora en los términos del artículo 103 de la LFCE. Ahora, toda vez que “Empresa A” presentó información suficiente para iniciar una investigación por prácticas monopólicas absolutas, la Autoridad Investigadora le otorgó el beneficio condicional.

Durante el proceso de investigación, la DGIPMA citó a comparecer al Director de Operaciones de la “Empresa A”, funcionario que fue incluido por la empresa en su solicitud de inmunidad. Sin embargo, en su comparecencia, el Director de Operaciones negó la existencia de comunicaciones con los competidores para coludirse en los procesos de licitación para adquirir bicicletas, emitidas por el Ministerio de Educación, contrariando los elementos de convicción e información que presentó la “Empresa A” en la reunión formal.

³ Véase el Anteproyecto de Guía de Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones, p. 12-13.

*Ante la falta de cooperación y una vez que concluyó la etapa de investigación, la Autoridad Investigadora hizo de conocimiento del Pleno la falta de cooperación del Director de Operaciones **y este decidió revocar el Beneficio Condicional y por lo tanto no otorgar el beneficio definitivo a la “Empresa A”.***⁴ [Énfasis Añadido]

No obstante, en la sección “De la Resolución” el anteproyecto menciona:

*“Cuando del análisis de las acciones realizadas por el Solicitante se determine la falta de cooperación de personas físicas identificables a quienes se había hecho extensivo el beneficio, se podrá excluir a esas personas del beneficio y mantenerlo para el resto de los beneficiarios. Cuando, por el contrario, las personas físicas a las que se haya hecho extensivo el beneficio hayan cooperado y el Solicitante no haya cooperado, podrá considerarse a la persona física como sujeto de los beneficios como si los hubiera solicitado por sí mismo.”*⁵

Al respecto, SAI considera que lo anterior puede resultar confuso. Debido a que, por un lado, se sugiere que si una persona física no coopera en la investigación, entonces la empresa que lo acogió al programa perderá la inmunidad; pero por otro lado, se manifiesta que COFECE puede retirar la inmunidad sólo a la persona física pero mantener el de la empresa que lo acogió, o viceversa, según la cooperación de cada persona.

Al respecto, SAI considera que el criterio que debería imperar es el consistente en que COFECE puede sólo quitar la inmunidad a la persona física o moral que no cooperó, pero mantener el resto de la inmunidad. Esto precisamente para incentivar la cooperación con la autoridad.

⁴ Véase el Anteproyecto de Guía de Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones, p. 19.

⁵ Véase el Anteproyecto de Guía de Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones, p. 21.