

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

**38ª. SESIÓN ORDINARIA DEL PLENO, CELEBRADA
EL VEINTIUNO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO**

VERSIÓN ESTENOGRÁFICA

Brenda Gisela Hernández Ramírez (BGHR): Hoy veintiuno de septiembre de dos mil veintiuno, siendo las dieciséis horas con cincuenta y dos minutos, celebramos la sesión ordinaria número treinta y ocho del Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, a través de la plataforma electrónica [Microsoft] Teams.

Antes de iniciar, debo señalar que esta sesión será pública con la versión estenográfica que se publique en el sitio de Internet de la Comisión, en términos del artículo 47 de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica y demás disposiciones jurídicas aplicables.

Se hace constar que la presente sesión del Pleno se lleva a cabo de manera remota, de conformidad con el Acuerdo mediante el cual el Pleno autoriza la celebración de sesiones de forma remota en virtud de la contingencia existente en materia de salud y se derogan ciertos artículos de los Lineamientos para el Funcionamiento del Pleno, acordado por unanimidad de votos en sesión de Pleno de veintiséis de marzo de dos mil veinte.

El Orden del Día de la presente sesión fue circulada con anterioridad a los integrantes del Pleno, que somos cuatro, existiendo tres vacantes, por lo que es de su conocimiento. En este sentido, pregunto si ¿están de acuerdo en aprobarla o quisieran hacer alguna modificación a la misma?

Alejandro Faya Rodríguez (AFR): De acuerdo.

José Eduardo Mendoza Contreras (JEMC): De acuerdo.

Ana María Reséndiz Mora (AMRM): De acuerdo.

BGHR: A continuación, cedo la palabra al Secretario Técnico para que dé fe respecto de la invitación realizada a los Comisionados para unirse en esta sesión remota de Pleno, así como dar cuenta de quienes de ellos se encuentran incorporados.

Fidel Gerardo Sierra Aranda (FGSA): Gracias, Comisionada Presidente.

Hago constar que realicé la invitación para incorporarse a esta sesión a cada uno de los Comisionados que conforman el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, esto a través de sus cuentas institucionales y utilizando como software Microsoft Teams.

Asimismo, doy fe de que del audio y vídeo de Microsoft Teams se advierte la incorporación de los Comisionados a esta sesión remota.

BGHR: Gracias.

El primer...

FGSA: Muchas gracias.

BGHR: El primer y único asunto [de la Orden del Día] es la presentación, discusión y, en su caso, resolución del procedimiento seguido en forma de juicio por la probable comisión de prácticas monopólicas absolutas dentro del expediente IO-004-2017.

Cedo la palabra al Comisionado Ponente Alejandro Faya Rodríguez.

AFR: Muchas gracias, Comisionada [Presidente].

Y la verdad es que voy a ser breve porque circulé previamente un proyecto de resolución en donde con todo nivel de detalle se expone el caso, se aborda el Dictamen de Probable Responsabilidad [“DPR”] emitido por la Autoridad Investigadora [“AI”] y se da contestación absolutamente a todos los argumentos que fueron presentados por las partes en el procedimiento seguido en forma de juicio.

Entonces me limitaré a hacer algunos... una... un breve resumen de este caso, pero ante cualquier duda o inconsistencia pues pido de favor que se esté ante el proyecto de resolución que sometí a su consideración, entonces esto es para efectos informativos.

Como antecedente, el veintinueve de noviembre de dos mil diecisiete, se emitió el acuerdo de inicio por la probable comisión de prácticas monopólicas absolutas previstas en el artículo 9 de la Ley anterior [Ley Federal de Competencia Económica publicada en el Diario Oficial de la Federación (“DOF”) el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, cuya última reforma fue publicada en el DOF el nueve de abril de dos mil doce (“Ley Anterior”)] y el artículo 53 de la Ley Federal de Competencia Económica [publicada en el DOF el veintitrés de mayo de dos mil catorce, y que entró en vigor el siete de julio de dos mil catorce].

El mercado de la producción, distribución y comercialización en territorio nacional de productos para la higiene manufacturados con celulosa, pulpa de celulosa y sus derivados, incluyendo pañales para bebé, protección sanitaria femenina, productos para incontinencia, papel higiénico desechable, toallas húmedas y otros relacionados; este fue el mercado investigado.

La investigación concluye el once de noviembre de dos mil veinte y el DPR es emitido el dieciocho de diciembre siguiente, solicitando el emplazamiento de las siguientes personas morales: Essity México, Kimberly-Clark de México y Productos Internacionales [“Empresas”], por parte de Grupo Mabesa; así como de una serie de personas físicas que actuaron en representación de dichos Agentes Económicos, que están señalados desde luego en el proyecto de resolución.

El Pleno ordenó el veintiuno de enero de dos mil veintiuno dar inicio al procedimiento seguido en forma de juicio, mediante el emplazamiento respectivo.

Los emplazados presentaron sus contestaciones en las fechas que se indican en el proyecto de resolución. Se dio vista igualmente a la Autoridad Investigadora para que se pronunciara al respecto.

El diez de agosto pasado, la Dirección General de Asuntos Jurídicos tuvo por formulados los alegatos de los agentes emplazados, por lo que se tuvo por integrado el expediente.

Procedo a explicar la conducta investigada e imputada posteriormente en el DPR.

El probable acuerdo entre las Empresas consistió en fijación, elevación, concertación o manipulación del precio de ventas a sus clientes para las categorías de pañales para bebé, productos para incontinencia y protección sanitaria femenina, a través de intercambios de matrices de precios en las reuniones informales que se llevaron a cabo en la Cámara del Papel. El acuerdo imputado tuvo aplicación en el territorio nacional aproximadamente desde

febrero de dos mil ocho a junio de dos mil catorce en pañales para bebé y productos para incontinencia y, desde al menos septiembre de dos mil once a junio de dos mil catorce, en protección sanitaria femenina, previo a que entrara en vigor la Ley Federal de Competencia Económica vigente. Lo anterior para los canales de autoservicios y mayoristas.

A principios de dos mil ocho, aprovechando las interacciones de las Empresas en las reuniones en la Cámara de Papel, Kimberly-Clark y Essity México como miembros activos y Grupo Mabesa como invitado, surgió la idea de coordinar los precios para ser implementados en pañales para bebé, productos para incontinencia y, posteriormente, protección sanitaria femenina. Después, se sugirió que la manipulación de los precios se podía hacer con base en matrices, mismas que son comunes en la industria utilizadas como herramienta de trabajo.

El DPR destaca que los empleados o directivos de las Empresas participaban en las reuniones de la Cámara de Papel o fuera de sus instalaciones, y que para operar y monitorear el acuerdo en las cadenas de autoservicios, los emplazados utilizaron matrices elaboradas a partir de datos proporcionados por Nielsen para la distribución en tiendas de autoservicio.

Por otro lado, los emplazados no contaban con matrices para los productos vendidos en las tiendas de mayoreo debido a que la información con la que contaban presentaba un nivel de desagregación diferente. La operación y monitoreo del acuerdo, sin embargo, en este canal se llevó a cabo a través de comunicaciones directas por vía electrónica, presencial y telefónica.

El DPR expone las acciones llevadas a cabo para ocultar la comisión de la práctica, como la utilización de correos personales para discutir temas vinculados con el acuerdo. Esto presumiblemente con el objeto de evitar la detección y sanción por parte de esta autoridad.

Los agentes emplazados dieron contestación al DPR y realizaron diversas manifestaciones, sin embargo, señalo solo algunas que considero relevantes a destacar:

Respecto a las manifestaciones de que la Autoridad Investigadora omitió señalar y estimar el probable daño causado por el acuerdo y que, por lo tanto, la práctica tuvo objeto y no efecto, señalo que es infundado por las razones que expongo en mi ponencia, específicamente considerando que la Autoridad Investigadora cumplió con todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 79 de la Ley, incluyendo la manifestación de manera clara, expresa y precisa de las disposiciones legales presuntamente violadas para cada infractor o presunto infractor, así como las posibles consecuencias de dicha violación, esto es, las sanciones que corresponden en caso de que las prácticas fuesen acreditadas.

Además, de conformidad con la Ley Anterior y la propia Ley Federal de Competencia Económica, la estimación vigente... la estimación del daño no es un requisito necesario, ni obligatorio al momento de la emisión de DPR por parte de la AI, pues no se trata de un elemento constitutivo de una probable infracción. Se trata, en cambio, de un elemento de individualización de la sanción que le corresponde al Pleno evaluar al momento de cuantificar las multas atribuibles a cada persona moral y física en donde se haya acreditado que es responsable de haber cometido el ilícito, dependiendo del grado de lesión jurídica y las circunstancias del caso. En este sentido, la individualización de las multas en competencia económica, y en muchas otras áreas del Derecho sancionatorio Administrativo, debe realizarse una vez valorados los elementos de convicción vinculados con la conducta, incluyendo duración, modalidades de participación, tamaño y participaciones en el mercado afectado y, en su caso, el posible daño causado. Todo esto a la luz de los elementos de prueba aportados en la etapa de investigación, así como en el procedimiento seguido en forma de juicio.

Cabe señalar que el hecho de que la AI no haya abordado los probables daños de la práctica imputada no impide que los emplazados se manifiesten al respecto, como parte de su contestación al DPR, como de hecho algunos lo hicieron en sus propias contestaciones.

Sobre las manifestaciones vinculadas por la poca efectividad del acuerdo, la presunta o poca efectividad que señalan los emplazados, en aquel momento derivado de las condiciones estimadas del mercado y los productos, así como de supuestos desvíos del acuerdo, habría que resaltar que dicha manifestación es igualmente infundada pues la evidencia que obra en el expediente demuestra que a pesar de las supuestas condiciones descritas, los emplazados, así como las personas físicas que actuaron en su representación, lograron superar la complejidad de acordar y monitorear los precios relativos e inclusive lograron actualizar continuamente los acuerdos.

Es importante también tomar en cuenta que es difícil encontrar un cartel o acuerdo colusorio perfecto o absoluto a lo largo de su duración, tampoco esto excluye la posibilidad que pueda haber desvíos eventuales y reclamos entre los participantes, los propios reclamos son prueba de que el acuerdo está funcionando, esto... todo esto puede ser normal cuando la duración del cartel es prolongada como sucedió justo en este caso. Los desvíos o reclamos señalados por los emplazados son insuficientes para desvirtuar la eficacia del mismo y mucho menos para descartar afectaciones y daños significativos a los canales de distribución implicados. En este sentido, las matrices de precios fueron el mecanismo que permitió a los agentes coludidos superar las reclamaciones y desviaciones señaladas y, así concretar un acuerdo colusorio en las categorías de productos en los que aparentemente no se cumplían las condiciones para una colusión exitosa, de otra forma, el acuerdo no se hubiera prolongado desde febrero de dos mil ocho hasta junio de dos mil catorce.

Sobre manifestaciones referentes a una eventual sanción, las cuales se declaran infundadas o inoperantes, en su caso, también como lo propongo en el proyecto.

Habría que decir ya que una vez analizados y calificados los argumentos en contra del DPR, así como la valoración de los elementos de convicción aportados por la Autoridad Investigadora y de los propios emplazados, se concluye que existen elementos de convicción suficientes y contundentes para acreditar la responsabilidad de los agentes emplazados y los que señalo como agentes sancionados en el proyecto de resolución que circulé ante ustedes, así como de las personas físicas que actuaron en su representación, de conformidad con lo siguiente:

Se acredita que son competidores entre sí.

Se acredita la realización del acuerdo mediante correos, comparecencias y otros medios de convicción, todas las reuniones informales, llamadas, comunicaciones que se realizaron para implementar y monitorear el acuerdo, hay evidencia basta, todo eso está en el proyecto.

Concluyo que existen elementos para acreditar la conducta, la responsabilidad de los emplazados en los términos de la ponencia, tomando en cuenta además que nada del DPR fue desvirtuado de manera exitosa por los emplazados a través de sus contestaciones y las pruebas ofrecidas.

Para determinar el monto de la sanción se considera el principio de proporcionalidad y la naturaleza disuasiva de las sanciones, pero sobre todo los elementos de individualización establecidos en el artículo 36 de la Ley Anterior.

Así, para considerar todos los elementos señalados, de conformidad con el análisis de las circunstancias del caso, propongo otorgar, en principio, un peso relativo igual al elemento de daño y a sus elementos asociados, es decir tamaño de mercado, participación del

infractor en el mercado y duración de la práctica, así como la intencionalidad y al de gravedad, que es un elemento en sí mismo en términos de la Ley que estamos utilizando para individualizar, de tal forma que la sanción toma en cuenta todos los elementos que señala la ley, de manera ponderada y equilibrada, y sea proporcionable a la escala de lesión jurídica.

Sin embargo, en este caso se observa que hay ciertos agravantes en la intencionalidad de todos los emplazados, todos fueron activos en la participación del cartel, pero en concreto se observa la realización de actos para mantener oculta la conducta, por lo que propongo que lo intencionado pueda alcanzar un peso superior al peso relativo inicial y se le asigne la mitad del equivalente a la estimación de daño por esta circunstancia, bajo un enfoque progresivo y proporcional, en términos de la Ley Anterior y en atención a las particularidades del caso, la multa queda entonces integrada por la estimación del daño causado, más otro monto correspondiente a la gravedad de la infracción, así como otro tanto correspondiente por los indicios de intencionalidad, con los ajustes agravantes que sugiero.

En el caso de gravedad pues desde luego todo... todo este caso nos lleva a concluir que existe una gravedad alta, se afectó las condiciones de precio en el canal de autoservicios y de... y de otros canales mayoristas, lo que naturalmente se traduce en afectaciones al bienestar del consumidor a propósito de un bien que tiene que ver con la salud, con la higiene y que es consumido por altas proporciones de la población mexicana y de las familias; estamos hablando de pañales, toallas femeninas y productos de incontinencia, esto abarca a muchos, muchos consumidores.

Ahí hay también en la... ya no voy a hondar más en ello, pero... pero se explica y se motiva en la construcción de la sanción, también la parte de intencionalidad y la parte del daño y de la imposición de la multa.

Entonces ya para concluir se proponen una serie de resolutivos:

El Primero de ellos, se acredita... se da por acreditada la responsabilidad de las personas morales señaladas.

En el Segundo, se acredita la responsabilidad de las personas físicas señaladas por haber participado en las prácticas, en representación o por cuenta y orden de las personas señaladas en el Primer resolutivo.

En el Tercero, se impone a los agentes económicos señalados la sanción correspondiente, una multa en términos de la ley aplicable.

Y el Cuarto, se impone a las personas físicas igualmente una multa en términos de la ley aplicable y en términos de las consideraciones elaboradas en la ponencia.

Seria todo de mi parte Comisionada [Presidente] y les agradezco su atención.

BGHR: Si, muchas gracias, Comisionado.

¿Hay alguien que tenga algún comentario respecto de la ponencia expuesta?

JEMC: No, yo haría mis comentarios a la hora de votar.

BGHR: Okay, muchas gracias.

Yo nada más quiero mencionar que envié algunas cosas al proyecto que considero son de engrose y solicito se tomen en consideración.

Procedo a la... a la votación.

Respecto al primero de los resolutivos pueden expresar su voto, por favor.

AFR: Alejandro Faya Rodríguez, voto a favor de la ponencia en los términos que señalé justo hace rato.

JEMC: José Eduardo Mendoza Contreras, sobre el resolutivo en términos de la acreditación de la responsabilidad, son los resolutivos uno y dos, voto a favor.

Sin embargo, sobre los resolutivos que se refieren a las multas, agentes económicos y personas físicas, voto en contra por considerar que la ley aplicable es la ley vigente al momento de terminación de la práctica, que en ese momento... que... que en este caso se refiere a la Ley de dos mil once, por lo cual incluso las multas tendrían que recalcularse.

Y sobre el resolutivo Quinto, que es la orden de notificar la resolución electrónica, la orden al Secretario Técnico, voto a favor.

AMRM: ¿Comisionada Presidenta, solamente dijo sobre el resolutivo Primero o sobre todos?

BGHR: Sí, había solicitado los votos sobre el resolutivo Primero, pero ya que expresaron por el resto, si gusta también expresar por todos está bien.

AMRM: Okay, entonces sobre el resolutivo Primero y Segundo voto a favor; sobre el resolutivo Tercero y Cuarto voto en contra, al considerar que en todos los casos se debe aplicar la ley vigente al momento en que cesó la conducta; y sobre el resolutivo Quinto a favor.

BGHR: Muchas gracias.

Yo voto en el mismo sentido de la ponencia en los cinco resolutivos.

¿Secretario Técnico?

FGSA: Sí, Comisionada Presidente.

Doy cuenta de que existe unanimidad de cuatro votos respecto a los resolutivos Primero, Segundo y Quinto, y existe mayoría de dos votos, con voto de calidad de Comisionado Presidente, en términos del artículo 18 de la Ley Federal de Competencia Económica, respecto de los resolutivos Tercero y Cuarto, con votos en contra de los Comisionados [Ana María] Reséndiz [Mora] y [José Eduardo] Mendoza [Contreras].

BGHR: Muchas gracias.

¿Algo que quisieran agregar?

¿No?

JEMC: No, muchas gracias.

BGHR: Si no es así, se da por concluida la sesión a las diecisiete horas con once minutos del once... del veintiuno de septiembre de dos mil veintiuno.

Muchas gracias.

AFR: Gracias.

JEMC: Gracias.