

Comentarios a la “Guía Interna para la Interposición de Querellas por el Delito de Colusión” preparada por la Fiscalía Nacional Económica de Chile que presenta la Autoridad Investigadora de la Comisión Federal de Competencia Económica

Introducción

En aras de favorecer y fortalecer la cooperación internacional, esta Autoridad Investigadora de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE o COMISIÓN) se permite hacer unas sugerencias a la “Guía Interna para la Interposición de Querellas por el Delito de Colusión” (GUÍA) que elabora actualmente la Fiscalía Nacional Económica (FNE). Lo anterior, con la finalidad de que nuestra experiencia en la materia les permita construir los lineamientos base de su GUÍA lo más sólidamente posible.

Primeramente, reconocemos que esta GUÍA es una excelente iniciativa de la FNE, siguiendo las mejores prácticas y estándares internacionales. En este sentido, dar a conocer los criterios para interponer una querella permite que exista certeza jurídica en las actuaciones de las agencias de competencia económica para la sociedad en general, así como resaltar los elementos más importantes que deben tomarse en cuenta al llevar a cabo dichas actuaciones.

Asimismo, creemos que dividir los requisitos en: (1) *Relativos al hecho punible*; (2) *Relativos al comportamiento de las personas*, y (3) *Relativos la probabilidad de éxito* le da claridad a la GUÍA, lo cual permite, de manera más estructurada, evaluar los elementos de la conducta por la cual se busca interponer una querella.

Es así como extendemos nuestra felicitación a la FNE por este esfuerzo y la iniciativa de buscar mejorar la GUÍA, a través de la participación ciudadana y la cooperación internacional. Esta GUÍA es, sin duda alguna, un ejemplo de un paso en la dirección correcta para el desarrollo del derecho de la competencia y un modelo a seguir para las demás jurisdicciones.

Características del sistema mexicano

Antes de permitirnos hacer sugerencia alguna sobre la GUÍA, nos gustaría hacer un breve análisis de nuestra legislación de competencia, para explicar de manera más precisa nuestros avances en materia de querellas por la participación de prácticas monopólicas absolutas¹.

¹ El término prácticas monopólicas absolutas se refiere a la conducta de colusión o cártel económico en la legislación mexicana. Lo anterior se establece el artículo 53 de la LFCE que dice. “*Se consideran ilícitas las prácticas monopólicas absolutas, consistentes en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes:*

- I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;*
- II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;*
- III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables;*

En 2011 se reformó el Código Penal Federal mexicano y se tipificó como delito, la comisión de prácticas monopólicas absolutas en el artículo 254 bis. La pena establecida por el legislador fue de tres a diez años de prisión siguiendo las mejores prácticas internacionales. Sin embargo, en julio de 2014, al implementarse la reforma constitucional de 2013 en materia de competencia económica, se modificó el artículo y se incrementó la pena de cinco a diez años de prisión.

En esta nueva redacción del Código Penal Federal y de la nueva Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) se estableció que será la Autoridad Investigadora a quien le corresponda la facultad de presentar denuncias y querellas respecto de probables conductas delictivas en materia de libre competencia y competencia económica (en concreto por prácticas monopólicas absolutas) de las que haya tenido conocimiento en el desempeño de sus funciones. Lo anterior, con fundamento en los artículos 12, fracción V², y 28, fracción VII³ y 77⁴ de la LFCE, así como 17 fracción XXVIII, del ESTATUTO ORGÁNICO DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA⁵.

Es así como, en México, el momento para interponer la querella se da al emitir el Dictamen de Probable Responsabilidad (DPR), ya que así lo establecen el artículo 77 de la LFCE y nuestro Código Penal Federal en su artículo 254 bis que a la letra dice:

“Artículo 254 bis. Se sancionará con prisión de cinco a diez años y con mil a diez mil días de multa, a quien celebre, ordene o ejecute contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas, y

V. Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones.

Las prácticas monopólicas absolutas serán nulas de pleno derecho, y, en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno y los Agentes Económicos que incurran en ellas se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta Ley, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que, en su caso, pudiere resultar.”

² Artículo 12. La Comisión tendrá las siguientes atribuciones:

V. Formular denuncias y querellas ante el Ministerio Público respecto de las probables conductas delictivas en materia de libre competencia y competencia económica de que tengan conocimiento.

³ Artículo 28. La Autoridad Investigadora tendrá las siguientes atribuciones:

VII. Presentar denuncias y querellas ante la Procuraduría General de la República respecto de probables conductas delictivas en materia de libre competencia y competencia económica y, en su caso, ser coadyuvante en el curso de las investigaciones que deriven de las citadas denuncias o querellas.

⁴ El artículo señala que en cualquier momento la Autoridad Investigadora de la COMISIÓN podrá presentar denuncia o querella ante la Procuraduría General de la República respecto de probables conductas delictivas en materia de libre competencia y competencia económica y, en su caso, ser coadyuvante en el curso de las investigaciones que deriven de la citada denuncia o querella. Si de la investigación se desprenden medios de convicción que presuman una afectación que provoca daños y perjuicios a los consumidores, se dará vista del dictamen de probable responsabilidad a la Procuraduría para los efectos a que haya lugar.

⁵ Artículo 17.- Corresponde a la Autoridad Investigadora:

XXVIII. Presentar denuncias y querellas ante la Procuraduría General de la República respecto de probables conductas delictivas de las que haya tenido conocimiento en el desempeño de sus funciones, así como coadyuvar en el curso de las investigaciones que deriven de dichas denuncias o querellas.

I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;

II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables;

IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas, y

V. Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones.

El delito previsto en este artículo se perseguirá por querrela de la Comisión Federal de Competencia Económica o del Instituto Federal de Telecomunicaciones, según corresponda, la cual sólo podrá formularse con el dictamen de probable responsabilidad, en los términos de lo dispuesto en la Ley Federal de Competencia Económica.

No existirá responsabilidad penal para los agentes económicos que se acojan al beneficio a que se refiere el artículo 103 de la Ley Federal de Competencia Económica, previa resolución de la Comisión Federal de Competencia Económica o del Instituto Federal de Telecomunicaciones que determine que cumple con los términos establecidos en dicha disposición y las demás aplicables.

Los procesos seguidos por este delito se podrán sobreseer a petición del Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica o del Instituto Federal de Telecomunicaciones, cuando los procesados cumplan las sanciones administrativas impuestas y, además se cumplan los requisitos previstos en los criterios técnicos emitidos por la Comisión Federal de Competencia Económica o el Instituto Federal de Telecomunicaciones.”

En este sentido, el DPR es el documento que emite la Autoridad Investigadora al terminar una investigación y considerar que existen elementos para imputar la responsabilidad del o de los agentes económicos investigados; esto es, que considere que se llevó a cabo una práctica monopólica absoluta.

En términos del artículo 79 de la LFCE, el DPR deberá contener: (1) la identificación del o los Agentes Económicos investigados y, en su caso, del o los probables responsables; (2) los hechos investigados y su probable objeto o efecto en el mercado; (3) las pruebas y demás

elementos de convicción que obren en el expediente de investigación y su análisis, y (4) los elementos que sustenten el sentido del dictamen y, en su caso, las disposiciones legales que se estimen violadas, así como las consecuencias que pueden derivar de dicha violación. Esto es, el DPR contiene toda la información recabada durante la investigación y en él se establecen las razones por las cuales se considera que se cometió una práctica anticompetitiva.

Cuando la investigación llevada a cabo por la Autoridad Investigadora permita presumir que ciertas personas celebraron, ordenaron o ejecutaron convenios entre competidores que tuvieron como objeto o efecto la fijación de precios, manipulación de la oferta o demanda, división del mercado, coordinación en licitaciones públicas, o el intercambio de información con alguno de los objetos o efectos anteriores, se podrá presentar una querrela ante la Procuraduría General de la República. Lo anterior si se considera que los elementos que se señalan en el DPR cumplen los méritos de ley y las condiciones para su procedencia, en los términos del señalado artículo 254 bis del Código Penal Federal, considerando que el bien jurídico tutelado es la economía pública; en concreto la libre competencia y competencia económica. Cabe destacar que el artículo 107 del Código Penal Federal establece que se tiene un año, a partir de la emisión del DPR para presentar la querrela.

Con sustento en las anteriores consideraciones, el 15 de febrero de 2017, por primera vez, el Titular de la Autoridad Investigadora, en ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 28, fracción VII y 77 de la LFCE presentó una querrela ante el Ministerio Público Federal en contra de varias personas físicas por la comisión de los delitos previstos en el artículo 254 bis del Código Penal Federal; esto es, por haber celebrado, participado o ejecutado prácticas monopólicas absolutas. El caso en cuestión se relaciona con una investigación respecto de colusión en licitaciones públicas del sector salud a nivel federal, la cual reunió los elementos suficientes para actualizar el tipo penal establecido en el artículo 254 bis del Código Penal Federal; por lo que la querrela se presentó en contra de individuos que se coludieron en licitaciones en compras públicas del sector salud entre 2009 y 2015.

Comentarios a la GUÍA

Ahora bien, a continuación, se someten a su atenta consideración, algunas sugerencias a la Guía.

Respecto al beneficio de la delación compensada

Como primera aportación, sugerimos, indicar los supuestos y alcances de la querrela en relación con la delación compensada. Esto es, especificar si el beneficio de la delación compensada impide que la FNE presente querrela en contra de quienes hayan recibido dicho beneficio. También es importante identificar la congruencia entre los requisitos para la obtención del beneficio de delación compensada y los requisitos para querrellarse de la FNE. Lo anterior, considerando que en el documento actual no se señala algo al respecto.

En este sentido, en el caso mexicano, quien haya: (1) incurrido en una práctica monopólica absoluta; (2) presentado una solicitud para acogerse al programa de inmunidad; (3) reconocido su participación en la práctica monopólica absoluta ante la COFECE; (4) proporcionado información y evidencia sobre la misma, y (5) cooperado de forma plena y continúa durante todos los procedimientos desahogados por la COMISIÓN, queda excluido de responsabilidad penal. Por lo anterior, proponemos establecer lo conducente en la GUÍA; esto con el objetivo de asegurar el correcto funcionamiento y vinculación, tanto de esta GUÍA como la “Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión”, ya que la estrecha relación y vinculación entre ambas herramientas fomenta la disuasión y detección de las conductas violatorias en materia de competencia.

Respecto al nivel socioeconómico de las personas involucradas

Como segunda aportación, sugerimos que, dentro de los criterios para determinar si debe interponerse una querrela, se tome en cuenta el nivel educativo y socioeconómico de los probables responsables. Esto obedeciendo a los principios de justicia y proporcionalidad del derecho. Lo anterior considerando que, en nuestra experiencia, hemos notado que algunos cárteles pueden darse entre personas de bajos recursos que no conocen la gravedad de las conductas que realizan.

Cabe destacar que la autoridad de competencia en México se creó desde 1992 y desde su constitución ha dado publicidad de su actuación, así como de las implicaciones que las prácticas anticompetitivas ocasionan en los mercados; el artículo 254 bis del Código Penal Federal se estableció en el año 2011 y a través de distintos medios masivos de comunicación, la COMISIÓN ha hecho público el alcance de las prácticas monopólicas absolutas en materia penal y el monto de las sanciones aplicables a nivel administrativo y penal. A pesar de la publicidad en cuanto a la ilicitud de estas conductas, las situaciones educativas y socioeconómicas de las personas pueden ser tomadas en cuenta al momento de decidir si es necesario interponer la querrela, aunque no los eximen de responsabilidad.

Por estas razones, se sugiere que el nivel socioeconómico de las personas involucradas sea un factor a tomar en consideración por la FNE al momento de valorar si se presenta o no querrela.

Respecto a la presentación de querrela en casos de colusión en compras públicas

Finalmente, sugerimos considerar la colusión en el caso de compras públicas como un factor a considerar a momento de determinar si se presenta o no la querrela. De tal manera que sea un factor que juegue a favor de utilizar dicha facultad. Lo anterior, debido a que la colusión en las compras públicas afecta directamente a millones de habitantes en el país y a recursos relacionados con el erario y presupuesto público.

En efecto, las contrataciones que realizan las dependencias y entidades gubernamentales comprenden una gran variedad de bienes, servicios y obras; su importancia económica es

evidente, pues los recursos destinados a las contrataciones públicas representaron en promedio el 13% del Producto Interno Bruto (PIB) de los países miembros de la OCDE, para 2013. En México, el gasto destinado a obras y adquisiciones públicas como proporción del PIB fue de 5.32% en 2014. De igual forma, representó el 26.69% del total del gasto de la Administración Pública Federal en el mismo año. En este contexto, en la medida en que se logran mejores condiciones de contratación, el Estado obtiene ahorros derivados de un uso más eficiente de los recursos públicos y está en mejor capacidad de prestar servicios públicos. En este sentido, en México, hemos considerado que este tipo de colusión es una de las más graves, por ello, ya hemos interpuesto una querrela en contra de personas que se coludieron en una compra pública, considerando el daño que ocasionaron en el mercado y a recursos públicos del gobierno federal.

Conclusión

Desde nuestro punto de vista, la criminalización de los cárteles económicos ha demostrado ser un elemento disuasivo clave. Así, la sanción privativa de la libertad es utilizada por diversas autoridades de competencia en el mundo no sólo para castigar a los responsables, sino para disuadir a los demás participantes de los mercados de incurrir en este tipo de prácticas y enviar un fuerte mensaje a la sociedad de que este tipo de conductas no quedarán impunes, pues serán perseguidas y castigadas, a través de todas las herramientas que la ley otorga. Por estas razones, creemos que la GUÍA es un gran paso para la disuasión de estas conductas.

Esperamos que nuestros comentarios sean de su utilidad y que podamos seguir cooperando para que nuestras experiencias continúen enriqueciendo nuestras normativas nacionales.

Quedamos a su disposición para cualquier duda.