

Unclassified**Spanish - Or. English****5 September 2019****DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE****LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version) FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA
Sesión I: Metodologías para el cálculo de multas por infracciones a la normativa de competencia****- Contribución de México -****24-25 de septiembre 2019, San Pedro Sula, Honduras**

Se hace circular el documento adjunto elaborado por México (COFECE y IFT) PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 24-25 de septiembre 2019 en Honduras.

Sra. Lynn Robertson, Gerente GFC, LACCF ; Experto en Competencia -
Lynn.Robertson@oecd.org.

JT03450614

Sesión I: Metodologías para el cálculo de multas por infracciones a la normativa de competencia

- Contribución de México* -

Comisión Federal de Competencia Económica

1. Introducción

1. Entre las cuestiones que el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), encomienda a la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE o Comisión) se encuentra salvaguardar las condiciones de competencia en los mercados, así como prevenir, investigar y combatir las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

2. Para conseguir tal finalidad constitucional y hacer valer el cumplimiento de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE o Ley), la COFECE está facultada para imponer, principalmente a los agentes económicos que hayan incurrido en la comisión de conductas prohibidas por la normatividad, diversas sanciones, dentro de las cuales se encuentran las de carácter económico. A fin de evitar confusiones y aclarar el alcance del presente análisis, se indica que las multas previstas en la LFCE son de dos tipos: i) **“multas como medida de apremio”** (artículo 126, fracción II de la LFCE) que se imponen para hacer valer o cumplir las determinaciones emitidas por la COFECE en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo ante la falta de desahogo de un requerimiento de información, el no presentarse a una citación a declarar, no permitir la realización de una visita de verificación, etcétera,¹ y ii) **“multas como sanción”** (artículo 127, fracciones III, IV, V, VII, VIII, IX,

* Esta contribución fue preparada por Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT).

¹ Estas multas pueden ser por un importe diario equivalente a 3,000 veces la denominada Unidad de Medida y Actualización (UMA), la cual tiene un valor en 2019 de \$84.49, con lo que el monto podría ser de hasta \$253,470.00 pesos (\$12,594.59 dls al tipo de cambio para solventar obligaciones denominadas en dólares de los EE.UU.A., pagaderas en la República Mexicana del día 2 de septiembre de 2019. Este tipo de cambio será el usado en el resto del documento en donde se haga referencia a dólares).

Cabe señalar que existen diversas disposiciones en la normatividad de competencia económica, como las que se refieren a multas, que utilizan como base de cálculo el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal (SMGDVDF), sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el *“Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo”*, publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el veintisiete de enero de dos mil dieciséis, a partir del veintiocho de enero del mismo año, la base de cálculo dejó de ser el SMGDVDF, ya que de conformidad con ese decreto *“[e]l salario mínimo no podrá ser utilizado como índice, unidad, base, medida o referencia para fines ajenos a su naturaleza”*. Asimismo, señala que para efectuar los cálculos que deriven en la determinación de cantidades que hubiesen tomado como base el SMGDVDF, se utilizará en adelante la UMA, que tendrá un valor diario, un mensual y un anual.

X, XI, XII, XIII, XIV y XV de la LFCE), que se imponen ante una infracción a la LFCE, como puede ser, la comisión de prácticas monopólicas absolutas (PMA),² de prácticas monopólicas relativas (PMR),³ la realización una concentración ilícita, por la omisión de notificar una concentración, o bien cuando se incumpla una resolución de la COFECE.

3. La presente colaboración se enfoca en las multas como sanción, que tienen por objeto castigar al infractor, restituir el daño causado al mercado y disuadir a otros de cometer violaciones a la LFCE.

4. Cuando la Comisión identifica, investiga y prueba violaciones a la LFCE, está facultada para sancionar económicamente a los agentes económicos responsables de las conductas u omisiones contrarias a la normatividad de competencia económica, en ese sentido, la multa como sanción representa un castigo o pena para las empresas o individuos por violar la Ley.

5. Por otra parte, las multas como sanción también tienen un efecto reparatorio, es decir, por medio de la sanción económica impuesta, los infractores devuelven a la sociedad el perjuicio económico generado por infringir la Ley. Cabe mencionar, que conforme al artículo 127 de la Ley, el Ejecutivo Federal es quién ejecuta las multas impuestas por la Comisión y que existe prohibición expresa para que la Comisión administre o disponga de los fondos recaudados por la aplicación de las sanciones económicas a las que se refiere el artículo 127.

6. En cuanto al efecto disuasivo de las multas, tenemos que, ante la probabilidad de hacerse acreedores de una multa, se inhibe a las personas o empresas a cometer prácticas, actos u omisiones vedadas por la Ley. Respecto de este elemento, ahondaremos con el objetivo de dilucidar si efectivamente el diseño de imposición de las multas que corresponde individualizar a la Comisión cumple con el objetivo de disuadir la comisión de conductas ilícitas en términos de la LFCE.

7. Al respecto, se estima conveniente mencionar que desde la iniciativa de la primera LFCE, su exposición de motivos hizo expresa su intención de que las sanciones tuvieran un verdadero efecto disuasivo que minimizara los incentivos a infringir la ley y que si bien las sanciones pecuniarias que se proponían eran mayores a las establecidas en otros ordenamientos, ello era justificable en virtud de que las ganancias monetarias de llevar a cabo prácticas monopólicas son, en general, extremadamente altas, de forma tal, que si la sanción pecuniaria fuera pequeña, no se eliminarían los incentivos para infringir la norma, generando un daño grande en la sociedad. En ese mismo sentido, en la exposición de motivos de la LFCE vigente, el legislador señaló que el objetivo de las sanciones pecuniarias por violaciones a la Ley pretende ser disuasorio. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha reconocido que las sanciones que prevé la LFCE tienen

Conforme a ello, en caso de imponerse multas por parte de la Comisión, a pesar de que la LFCE haga referencia a SMGDVDF, éstas se imponen desde hace más de tres años tomando como base la UMA.

² También se conocen como “colusorias” o “cárteles”. De acuerdo con el Artículo 53 de la LFCE, “Se consideran ilícitas las prácticas monopólicas absolutas, consistentes en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí”.

³ El Artículo 54 de la LFCE las define como aquellas prácticas que “Lleve a cabo uno o más Agentes Económicos que individual o conjuntamente tengan poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica, y III. Tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos.

un efecto disuasivo pues las sanciones en esta materia no solo pretenden reponer el daño, sino que tienen como finalidad reprimir y disuadir la comisión de ilícitos.⁴

2. Efecto disuasivo de las multas impuestas por la LFCE

8. El artículo 127 de la LFCE establece que los montos de multas como sanción corresponden a los siguientes:

- Hasta el equivalente a 165,000 UMAs⁵, por haber declarado falsamente o entregar información falsa a la Comisión;
- Hasta el equivalente al 10% de los ingresos⁶ del agente económico, por haber incurrido en una práctica monopólica absoluta;
- Hasta el equivalente al 8% de los ingresos del agente económico, por haber incurrido en una práctica monopólica relativa;
- Hasta el equivalente al 8% de los ingresos del agente económico, por haber incurrido en una concentración ilícita;
- 5,000 UMAs⁷ y hasta por el equivalente al 5% de los ingresos del agente económico, por no haber notificado la concentración cuando legalmente debió hacerse;
- Hasta el equivalente al 10% de los ingresos del agente económico, por haber incumplido con las condiciones fijadas en la resolución de una concentración;
- Hasta el equivalente a 200,000 UMAs,⁸ a quienes participen directa o indirectamente en prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, en representación o por cuenta y orden de personas morales;
- Hasta el equivalente a 180,000 UMAs,⁹ a quienes hayan coadyuvado, propiciado o inducido en la comisión de prácticas monopólicas, concentraciones ilícitas o demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados en términos de la Ley;
- Hasta el equivalente al 8% de los ingresos del agente económico, por haber incumplido la resolución emitida en términos del artículo 101 de la LFCE, por incumplir las resoluciones que ordenen la corrección o supresión de la práctica o concentración ilícita, o por incumplir con la resolución que ordene la

⁴ Amparo en revisión 453/2012 del índice de la SJCN.

⁵ Equivalente a \$13,940,850 pesos (\$692,703 dls).

⁶ El artículo 127 de la LFCE se refiere a los ingresos acumulables para el Agente Económico involucrado, exceptuando los obtenidos en el extranjero, así como los gravables si se encuentran sujetos a un régimen fiscal preferente, para los efectos del Impuesto Sobre la Renta del último ejercicio fiscal en que se haya incurrido en la infracción respectiva. En caso de no contar con dicha información, se utiliza la correspondiente al ejercicio fiscal anterior.

⁷ Equivalente a \$422,450 pesos (\$20,990.99 dls).

⁸ Equivalente a \$16,898,000 pesos (\$839,640 dls).

⁹ Equivalente a \$15,208,200 pesos (\$755,676 dls).

desconcentración parcial o total de una concentración ilícita o la terminación o supresión de los actos ordenados por la Comisión.

- Hasta el equivalente a 187,000 UMAs,¹⁰ a los fedatarios públicos que intervengan en los actos relativos a una concentración cuando no hubiera sido autorizada por la Comisión;
- Multa hasta por el equivalente al 10% de los ingresos del agente económico que controle un insumo esencial, por incumplir la regulación establecida con respecto al mismo y a quien no obedezca la orden de eliminar una barrera a la competencia, y
- Multa hasta por el equivalente al 10% de los ingresos del agente económico, por incumplir la orden cautelar a la que se refiere la LFCE.

9. Para determinar el monto concreto de las multas, la Comisión puede solicitar al infractor o a la autoridad competente la información fiscal necesaria. En caso de reincidencia, puede imponer una multa hasta por el doble de la que se hubiera determinado por la Comisión.¹¹

10. En adición, el artículo 128 de la LFCE prevé que para los Agentes Económicos que no declaren o no se les hayan determinado ingresos acumulables, se les aplicarán las siguientes multas:

- Multa hasta por el equivalente a un 1,500,000 UMAs,¹² para las infracciones consistentes en práctica monopólica absoluta, incumplimiento de condiciones, incumplimiento de regulación a un insumo esencial u orden de eliminar barreras o incumplir una orden cautelar;
- Multa hasta por el equivalente a 900,000 UMAs,¹³ para las infracciones consistentes en una práctica monopólica relativa, concentración ilícita, incumplimiento de compromisos o incumplir con la orden de desconcentración.
- Multa hasta por el equivalente a 400,000 UMAs,¹⁴ para la infracción consistente en la omisión de notificar una concentración.

11. De lo señalado en esta sección se desprende que el legislador planteó multas que cumplen con el efecto disuasivo del que deben estar dotadas, toda vez que ante los incumplimientos detallados estableció sanciones que se estiman gravosas para los agentes económicos, pues los montos establecidos por el legislador se estiman, al menos en principio y en comparación con otro tipo de sanciones económicas, suficientes para generar un efecto inhibitorio de conductas prohibidas por la LFCE.

¹⁰ Equivalente a \$15,799,630 pesos (\$785,063 dls).

¹¹ Se considera reincidente al que: **a)** habiendo incurrido en una infracción que haya sido sancionada, realice otra conducta prohibida por esta Ley, independientemente de su mismo tipo o naturaleza; **b)** al inicio del segundo o ulterior procedimiento exista resolución previa que haya causado estado, y **c)** que entre el inicio del procedimiento y la resolución que haya causado estado no hayan transcurrido más de diez años.

¹² Equivalente a \$126,735,000 pesos (\$6,297,297 dls).

¹³ Equivalente a \$76,041,000 pesos (\$3,778,378 dls).

¹⁴ Equivalente a \$33,796,000 pesos (\$1,679,279 dls).

3. Método de imposición de multas

12. Para la imposición de sanciones, la COFECE observa los parámetros constitucionales, el marco regulatorio que rige a la materia de competencia económica, así como los precedentes y la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación (PJF).

13. Por disposición constitucional,¹⁵ las sanciones que impongan las autoridades deben seguir el principio de exacta aplicación de la ley, es decir, para que una conducta u omisión se sancione debe estar regulada o tipificada en el ordenamiento jurídico aplicable. En ese sentido, para que la Comisión pueda multar a quien o quienes hayan infringido la Ley, su conducta u omisión debe estar catalogada como prohibida o sancionable en tal ordenamiento que regula la materia de competencia.

14. Adicionalmente, para determinar el monto de la sanción pecuniaria a imponer en cada caso, la COFECE atiende a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y equidad, es decir, observa que exista lógica causal entre el grado de afectación al bien jurídico protegido por la norma y el monto de la multa a imponer.

15. Por su parte, el legislador estableció en el artículo 130 de la LFCE que, una vez que la Comisión detecta, investiga y acredita una infracción a la ley, para individualizar el monto y graduar la gravedad de la sanción, debe tomar en cuenta los siguientes elementos:

*“Artículo 130. En la imposición de multas se deberán considerar los elementos para determinar la gravedad de la infracción, tales como el **daño causado**; los **indicios de intencionalidad**; la **participación del infractor en los mercados**; el **tamaño del mercado afectado**; la **duración de la práctica o concentración**; así como su **capacidad económica**; y en su caso, la **afectación al ejercicio de las atribuciones de la Comisión.**”*

16. Así, la Comisión toma en cuenta de tal listado los elementos objetivos para establecer el monto de las sanciones administrativas y los subjetivos para individualizarla, atenuándola o agravándola, de acuerdo con las circunstancias de la correspondiente conducta de cada uno de los entes sancionados; y en todo caso, los elementos que integran la evaluación de la sanción se ponderan en su conjunto con la finalidad de determinar la gradación de la sanción y en última instancia fijar el monto de la sanción en cada caso.

17. A su vez, las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica (DRLFCE) establecen parámetros que la Comisión debe tomar en cuenta al estudiar los elementos del artículo 130 de la LFCE, mismos que se relata en los párrafos siguientes y que reflejan la actuación práctica de la Comisión al imponer multas.

18. Para determinar el tamaño del mercado afectado, así como la participación del infractor en el mercado afectado, las DRLFCE establecen que estos elementos pueden calcularse a partir la información que la Comisión tenga a su disposición de las ventas totales del infractor. Esto en ocasiones representa un problema dado que la Comisión está sujeta a que los agentes económicos entreguen la información necesaria o a que haya fuentes de información pública disponibles para calcular el tamaño del mercado y la participación del infractor en el mismo, pues la LFCE señala que la COFECE está obligada a resolver con la mejor información disponible en el expediente.

¹⁵ Artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21 y 22 de la CPEUM.

19. En cuanto a la duración de la práctica, ésta puede contabilizarse en años, meses o días, desde que se cometió hasta el momento en el que cese la práctica o bien hasta el momento en que se dicte resolución por el Pleno.

20. Para determinar la duración, la Comisión toma en cuenta los elementos que obren en el expediente que permitan determinar el lapso dentro del cual se cometió la conducta ilícita, observando si la conducta sancionada es de carácter instantáneo, permanente, continuo o continuado, lo anterior con la intención, entre otras cuestiones, de establecer qué monto de la UMA es la aplicable, pues debe sancionarse de acuerdo con la LFCE y la UMA vigente al momento en que se cometió la infracción.

21. El daño causado se determina con base en datos objetivos, cuantificables y de acuerdo con la mejor información disponible en el expediente con la finalidad de preservar la seguridad jurídica de los sancionados y el principio de proporcionalidad de las sanciones.

22. Finalmente, por lo que hace a los indicios de intencionalidad, el artículo 182 de las DRLFCE, señala que deben considerarse: i) La terminación de la conducta sancionada por la Ley antes, al inicio, durante la investigación correspondiente, durante el procedimiento seguido en forma de juicio o durante el procedimiento que corresponda; ii) La acreditación de que la conducta ilegal se cometió por la sugerencia, instigación o fomento por parte de Autoridades Públicas; iii) Los actos realizados para mantener oculta la conducta; y iv) La acreditación de que la conducta se cometió por instigación de otro Agente Económico, sin que el infractor haya jugado un papel de liderazgo en la adopción e instrumentación de la conducta. Del análisis de las circunstancias citadas, la Comisión podrá considerar agravantes o atenuantes al individualizar la multa.

23. Con relación al ejercicio de las atribuciones de la Comisión, este elemento se analiza con la finalidad de determinar la gravedad de la infracción, en ese sentido, el artículo 183 de las DRLFCE, señala que este elemento será considerado como atenuante la conducta del infractor y su grado de cooperación con la Comisión, para lo cual debe reconocerse la comisión de la conducta sancionada y su terminación.

24. Finalmente, con relación a la capacidad económica del infractor, la Comisión determina el monto máximo de la multa, de conformidad con el artículo 127 de la LFCE y del tipo de conducta cometida.

25. Ahora bien, derivado de que la vigencia de la actual LFCE tiene 5 años, que la duración de las investigaciones es de 463 días-hábiles y la de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio es de un promedio de 164 días hábiles, y que en México existen sólo 2 Juzgados y 2 Tribunales Especializados en Competencia, Radiodifusión y Telecomunicaciones, existen pocos precedentes firmes del PJJ que analicen los elementos del artículo 130 de la LFCE; no obstante, existen criterios que han sentado bases sobre las cuales la Comisión debe regir su actuación al imponer multas como sanción.

26. Al respecto, en diversas resoluciones, el PJJ ha determinado que la Comisión debe analizar las circunstancias particulares de cada caso, por lo que no debe aplicar y analizar rígidamente estos elementos, sino que debe fundamentar y motivar debidamente su aplicación para arribar a la decisión final de si la gravedad en análisis es leve, media o grave.

27. Por ejemplo, al resolver el VCN-002-2017, relativo al procedimiento consistente en la verificación de la omisión de notificar una concentración, la Comisión consideró que para determinar la gravedad de la infracción, era innecesario tomar en cuenta los elementos

relativos al daño causado, participación del infractor en los mercados, tamaño del mercado afectado y duración de la práctica o concentración, y sólo consideró los indicios de intencionalidad, la afectación al ejercicio de las atribuciones de la Comisión y la capacidad económica. Sin embargo, en la revisión de dicha sentencia, el PJF señaló que la SCJN, al resolver el amparo en revisión 235/2017, expuso que en términos del artículo 36 de la LFCE (abrogada), en la individualización de la sanción por no haber notificado una concentración cuando legalmente debió hacerse, y en general para la imposición de sanciones, la COFECE indefectiblemente debe sujetarse al cumplimiento de todos los elementos previstos en el citado artículo.

28. Por otro lado, con relación al elemento de intencionalidad, el PJF ha considerado como excluyente de responsabilidad la inexigibilidad de otra conducta, es decir, cuando los agentes económicos demuestren plenamente que, en la comisión de la conducta infractora, actuaron coaccionados o violentados, esa situación los exime de la responsabilidad establecida en la Ley, por lo que en esos casos no son acreedores a multa.¹⁶

29. Por otra parte, en cuanto al elemento de daño causado, el PJF ha señalado que toda vez que es válido que la Comisión calcule dicho daño con base en presunciones o pruebas indiciarias, el monto del daño causado que se establezca en la resolución, podría ser impreciso.¹⁷

30. En cuanto al monto máximo que puede establecerse como sanción, el PJF ha señalado que la imposición de la multa con base sólo en la capacidad económica es insostenible pues dicho elemento tiene como finalidad que la Comisión analice las circunstancias particulares del agente sancionado para prever cual es el monto máximo que podrá sufragar por el hecho ilícito que cometió, por lo que al imponer la sanción se deben ponderar todos los demás elementos del artículo 130 de la LFCE que permitan sustentar dicha decisión.¹⁸

31. Estos criterios del PJF, entre otros, han llevado a la Comisión a ponderar un análisis casuístico que permita considerar las particularidades de cada caso, con la intención de que las resoluciones que se emitan se mantengan firmes en sede judicial, razón por la cual, al momento no existe una fórmula para calcular las multas como sanción.

32. Finalmente, cabe señalar que, en el año 2018, la Comisión impuso un total de 38 multas como sanción, de las cuales 31 fueron impuestas por la comisión de prácticas monopólicas absolutas, 3 por prácticas monopólicas relativas, 2 por concentraciones no notificadas, 1 por incumplimiento de compromisos y 1 por incumplimiento de condiciones.¹⁹

33. El estatus de las multas señaladas se puede apreciar en la Tabla 1:

¹⁶ J.A. 12/2015, del índice del Primer Tribunal Colegiado Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Expediente COFECE IO-004-2012.

¹⁷ J.A. 1285/2017, del índice de del Juzgado Primero Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Expediente COFECE IO-003-2015.

¹⁸ J.A. 355-2017 del índice del Segundo Tribunal Colegiado Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Expediente COFECE DE-009-2014.

¹⁹ Fuente: Informe de multas 2018, consultable en: <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2019/07/26072019-Informe-Multas.pdf>

Tabla 1. Estatus de multas impuestas por la COFECE en 2018

| ESTATUS 2018 | N. DE MULTAS | % DE N. DE MULTAS | MONTO (MILLONES) | % DEL MONTO |
|-------------------|--------------|-------------------|------------------|-------------|
| Periodo de espera | 0 | 0.0% | 0 | 0% |
| Enviada al SAT | 0 | 0.0% | 0 | 0% |
| Impugnada | 10 | 26.3% | 689.52 | 80.3% |
| Sin efectos | 2 | 5.3% | 21.08 | 2.5% |
| Pagada | 26 | 68.4% | 147.97 | 17.2% |
| SAT | 0 | 0.0% | 0 | 0.0% |
| Voluntario | 26 | 68.4% | 147.97 | 17% |
| TOTAL | 38 | 100% | 858.57 | 100% |

Fuente: COFECE

34. Del cuadro se aprecia que, de las multas como sanción impuestas, existe un alto porcentaje de multas pagadas por lo que esto podría mandar una señal a los agentes económicos de que las multas que impone la COFECE quedan en su mayoría firmes y por tanto esa circunstancia podría disuadir la comisión de conductas ilícitas.

4. Conclusiones

35. Se estima que las multas como sanción que aplica la COFECE, son disuasivas de origen, es decir, la ley plantea montos suficientes para desalentar la comisión de conductas prohibidas por la LFCE. En cuanto a su aplicación práctica, la Comisión se encuentra buscando la manera de aplicar lo mejor posible las multas, tomando en cuenta los elementos del artículo 130, la información que obra en cada expediente, las circunstancias particulares de cada caso, así como los criterios aplicables emitidos por el PJF.

Instituto Federal de Telecomunicaciones

1. Introducción

36. En esta contribución se presentan los elementos generales previstos en la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) para sancionar conductas prohibidas; los criterios adoptados en su aplicación por parte del Instituto Federal de Telecomunicaciones (Instituto o IFT), así como los criterios judiciales sobre dichas aplicaciones.

37. En particular, se enlistan los casos sancionados por el IFT y se describe un caso que corresponde a la sanción de un cártel (práctica monopólica absoluta) para ilustrar la ponderación de los criterios aplicables en la imposición de sanciones por parte del IFT y por parte de los tribunales especializados.

2. Elementos generales para la imposición de sanciones

38. El artículo 28, párrafos primero y segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución) prohíbe la realización de concentraciones y prácticas anticompetitivas y faculta y mandata a las autoridades a perseguir con eficacia, entre otras conductas, todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que hagan, de cualquier manera, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí.

39. La LFCE es la ley reglamentaria del artículo 28 de la Constitución. Esta ley establece los criterios para identificar las concentraciones y las prácticas que son anticompetitivas y, por tanto, ilícitas y sancionables; así como los elementos a ponderar para determinar las sanciones.

2.1. Sanciones previstas en la LFCE

40. El régimen de sanciones está constituido en los artículos 127, 130 y 131 de la LFCE y se sujeta a los principios generales de derecho de *proporcionalidad* y *razonabilidad*, cuyos principales elementos se presentan a continuación.

41. Conductas sancionables.— La ley permite sancionar las prácticas monopólicas absolutas y relativas; concentraciones ilícitas; entregar información falsa a la autoridad; incumplir la obligación de notificar una concentración antes de su realización, cuando la ley les obligue a hacerlo; la intervención de fedatarios públicos en los actos relativos a una concentración cuando no hubiera sido autorizada; incumplir la regulación establecida a un insumo esencial y a quien no obedezca la orden de eliminar una barrera a la competencia; e incumplir órdenes cautelares.

42. Sujetos sancionables.— Las sanciones son aplicables a los agentes económicos declarados responsables de realizar la(s) conducta(s) sancionada(s) y a quienes hayan coadyuvado, propiciado o inducido su comisión. Además, prevé hasta la inhabilitación para ejercer como consejero, administrador, director, gerente, directivo, ejecutivo, agente, representante o apoderado en una persona moral por un plazo máximo de cinco años y multas, si como personas físicas participaron de manera directa o indirecta en la realización de las conductas sancionadas, en representación o por cuenta y orden de personas morales.

43. **Tipos de sanciones.-** Las sanciones pueden contener medidas pecuniarias (multas) y no pecuniarias consistentes en órdenes de hacer (ej. desconcentrar o dar acceso a elementos esenciales) o dejar de hacer (ej. dejar de realizar los actos sancionados).

44. **Estructura de las multas.-** Las multas se establecen en múltiplos de una unidad de medida. Originalmente se empleaban los Salarios Mínimos Generales Vigentes para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), determinada por una comisión en materia laboral, distinta a las autoridades de competencia económica.

45. En 2016, la Constitución fue modificada para que toda determinación de la cuantía del pago de obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, de las entidades federativas, así como en las disposiciones jurídicas que emanen de todas las anteriores, empleen la Unidad de Medida y Actualización (UMA) como referencia y dejen de tomar como tal al Salario Mínimo.²⁰

46. Las multas tienen topes máximos, que atienden a la consideración de que cumplan con el efecto de disuadir las violaciones a la ley, sin comprometer la viabilidad del (de los) infractor(es). En caso de reincidencia, se pueden imponer multas hasta por el doble del máximo que establece la ley.

47. La ley, de origen, sí distingue las sanciones por la naturaleza de la conducta sancionada. Establece montos máximos distintos para cada tipo de infracción. Por ejemplo, las prácticas monopólicas absolutas ameritan multas más altas que las relativas.

48. **Criterios para individualizar las multas.-** En la imposición de multas la autoridad de competencia debe determinar y acreditar la gravedad de la infracción, para lo cual *debe considerar elementos tales como el daño causado; los indicios de intencionalidad; la participación del infractor en los mercados; el tamaño del mercado afectado; la duración de la práctica o concentración; así como su capacidad económica; y en su caso, la afectación al ejercicio de sus atribuciones.*²¹

49. Conforme a la práctica del IFT, estos elementos son enunciativos y no limitativos. De tal forma que la autoridad de competencia puede, con la debida motivación, considerar otros elementos necesarios para determinar el monto de la multa impuesta, en tanto no exceda los máximos impuestos y se sujete a los principios generales de proporcionalidad y razonabilidad.

50. **Metodología para individualizar las multas.-** El IFT aún no emite lineamientos sobre la metodología para imponer multas. No obstante en cada resolución explícita los razonamientos empleados para imponer la sanción específica, los cuales forman parte de las versiones públicas de sus decisiones.²² A continuación se enuncian los elementos empleados en la práctica del IFT, con fines informativos y no tienen el carácter de vinculantes para el Pleno del IFT, pues se determinan caso por caso:

- *El daño causado, el tamaño del mercado afectado y la duración de la conducta sancionada son elementos que se interrelacionan. Se estima el tamaño del mercado, que corresponde al volumen de ventas, ingresos, utilidad u otro indicador relevante,*

²⁰ Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5423663&fecha=27/01/2016

²¹ Artículo 130 de la LFCE.

²² Los razonamientos y métrica son públicos, aunque la información cuantitativa de los casos puede ser reservada o confidencial por corresponder a las actividades del (de los) agente(s) económico(s) sancionado(s).

que haya sido afectado por la conducta sancionada, para cada uno de los periodos de tiempo en los que se haya realizado.

- Los *indicios de intencionalidad* corresponden al propósito y/o los efectos de la conducta, así como el grado de responsabilidad o de intención en la comisión del ilícito por parte del agente económico (ej. si fue instigador o seguidor). Así, por ejemplo, la conducta del infractor durante el procedimiento puede aportar elementos agravantes o atenuantes para evaluar este criterio.
- La *participación del infractor en los mercados* se determina considerando el mejor indicador de la actividad económica analizada, pudiendo ser en términos de ingresos por ventas, en utilidades, activos, u otro(s) indicador(es) relevante(s).
- *Otros elementos* considerados en la práctica del IFT incluyen el uso de un factor disuasivo. Además, la Constitución mandata *castigar severamente* toda concentración o *práctica monopólica que afecte la competencia*.

2.2. Casos sancionados

51. Desde su constitución, en septiembre de 2013, el IFT ha impuesto 13 sanciones, como se muestra en la siguiente tabla.

Tabla 2. Resumen de las multas impuestas por el IFT

| EXPEDIENTE | AGENTE ECONÓMICO | MONTO ²³ |
|---|--|--|
| E-IFT/DGIPM/PMA/0001/2013 Práctica monopólica absoluta — asignación de mercados geográficos) ²⁴ Fecha: 17-feb-14 | <u>Cablevisión, S.A. de C.V.</u> | 8,733,746.00 MXN o 493,744.40 EUR |
| E-IFT/UC/RR/0004/2013-1 (Violación a condiciones impuestas a una concentración) ²⁵ Fecha: 15-ago-14 | Corporativo Vasco de Quiroga, S.A. de C.V. | 53,838,000.00 MXN o 3,043,620.82 EUR |
| E-IFT/UC/DGIPM/PMR/0002/2013 (Práctica monopólica relativa: obstaculizar el proceso productivo de competidores) ²⁶ Fecha: 3-sep-14 | Teléfonos de México, S.A.B de C.V. | 49,320,000.00 MXN o 2,788,204.96 EUR |
| E-IFT/UC/DGIPM/PMR/0003/2013 (Concentración no notificada) ²⁷ Fecha: 7-ene-15 | Teléfonos de México, S.A.B de C.V. Teninver, S.A. de C.V. Comercializadora de Frecuencias Satelitales, S. de R.L. de C.V. Corporativo Mexicano de Frecuencia Dish, S.A. de C.V. Dish México Holdings, S. de R. L., de C.V. Dish México, S. de R.L. de C.V. Grupo Frecuencia Modulada Televisión, S.A. de C.V. Frecuencias Satelitales, S. de R.L. de C.V. | 10,518,000.00 MXN o 597,074.23 EUR 3,895,600.00 MXN o 221,141.12 EUR 3,098,249.30 MXN o 175,878.00 EUR 8,553,789.20 MXN o 485,572.07 EUR 10,518,000.00 MXN o 597,074.23 EUR 10,518,000.00 MXN o 597,074.23 EUR 10,518,000.00 MXN o 597,074.23 EUR 3,098,249.30 MXN o 175,878.00 EUR |
| E-IFT/UC/DGIPM/PMR/0006/2013 (Práctica monopólica relativa: proveer incentivos para no comercializar servicios de terceros) ²⁸ Fecha: 12-abr-18 | América Móvil, S.A.B. de C.V., y Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. | 96,825,831.51 MXN o 4,264,440.00 EUR |
| E-IFT/DGIPM/PMA/0001/2013 (Práctica monopólica absoluta: asignación de mercados geográficos) ⁶ Fecha: 19-sep-18 | <u>Mega Cable, S.A. de C.V.</u> | 10,299,937.81 MXN o 453,633.84 EUR |

Fuente: IFT.

²³ Tipo de cambio promedio anualizado: 2014: 1 EUR = 17.6888 MXN; 2015: 1 EUR = 17.6159 MXN; 2018: 1 EUR = 22.7054 MXN.

²⁴ Versión pública disponible en: http://apps.ift.org.mx/publicdata/P_IFT_EXT_170214_70_Version_Publica_UCE.pdf

²⁵ Fuente: http://apps.ift.org.mx/publicdata/Version_Publica_P_IFT_EXT_150814_196.pdf

²⁶ Fuente: http://apps.ift.org.mx/publicdata/P_IFT_030914_297_Version_Publica_UCE.pdf

²⁷ Fuente: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/conocenos/pleno/sesiones/acuerdoliga/versionpublicapift07011530.pdf>

²⁸ Fuente: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/conocenos/pleno/sesiones/acuerdoliga/vppift120418293noct.pdf>

52. En general, las revisiones del poder judicial han sustentado el monto y de las multas impuestas. No obstante, el criterio (d) anterior fue objeto de una reciente revisión por parte de un tribunal especializado y es sobre este caso que versa el ejemplo ilustrativo.

3. Caso: sanción de un cártel (práctica monopólica absoluta)

53. Los cárteles económicos (prácticas monopólicas absolutas o PMA) son acuerdos entre dos o más agentes económicos competidores entre sí, esto es, agentes que participan en la misma actividad económica. En términos de la LFCE, estas conductas existen cuando agentes económicos competidores entre sí celebran contratos, convenios, arreglos o combinaciones (i.e. acuerdos) o intercambian información con el objeto o el efecto de establecer precios,²⁹ determinar la cantidad,³⁰ asignar porciones o segmentos de mercado³¹ o acordar posturas en licitaciones públicas.³²

54. Este tipo de acuerdos reducen o eliminan los incentivos que deben existir entre los agentes económicos coludidos para competir en el mercado, en cantidades, calidades, disponibilidad u otros atributos en el mercado. Lo anterior se traduce en una distorsión grave al mecanismo de mercado que determina la transferencia de recursos entre sus participantes.

55. Para acreditar la comisión de una PMA, la LFCE no requiere de la definición ni el análisis del *mercado relevante* en el que se cometió la práctica –en sus dimensiones de producto, geografía y de tiempo–, ni comprobar el (los) beneficio(s) obtenido(s) por los agentes económicos que intervienen en las conductas, porque, habiendo acreditado los demás elementos previstos en la norma, su impacto neto siempre será negativo sobre el consumidor y la economía en general.

56. Por su gravedad, la LFCE las declara ilegales bajo cualquier circunstancia (*per se*); para sancionarlas basta acreditar indistintamente que su objeto o efecto actualice alguno de los específicamente previstos en la norma y la existencia de un acuerdo *entre agentes económicos competidores entre sí*. Asimismo, su realización no admite justificación alguna con base en eficiencias.

57. En 2013, el IFT sancionó un cártel en los mercados de producción, distribución y comercialización de servicios de telefonía fija, acceso a internet y televisión restringida a consumidores finales en 13 municipios del territorio mexicano.³³

²⁹ Artículo 53, fracción I de la LFCE vigente.

³⁰ Artículo 53, fracción II de la LFCE vigente.

³¹ Artículo 53, fracciones III de la LFCE vigente.

³² Artículo 53, fracción IV de la LFCE vigente.

³³ Si bien es cierto que, las prácticas monopólicas absolutas son realizadas por dos o más agentes económicos competidores entre sí, en el caso que se expone y derivado de diversas resoluciones judiciales la multa impuesta a uno de los agentes económicos ha quedado insubsistente.

3.1. Conducta sancionada: acuerdo para segmentar geográficamente los mercados

58. La conducta sancionada consistió en un *convenio de copropiedad uso de marca comercial* (marca comercial) celebrado por dos agentes económicos —Cablevisión y Megacable—. Bajo este acuerdo, los participantes coordinaron la prestación de los servicios de telefonía fija, acceso a internet y televisión restringida (servicios) desagregados y agregados (ofertas de doble y triple play) consistentes *segmentar geográficamente los mercados*.³⁴

59. El IFT resolvió que ambas empresas desarrollaron una estrategia comercial consistente en el desarrollo de una marca comercial conjunta, al amparo de la cual intercambiaron información constante para segmentar el mercado, haciendo uso de un *call center*, una página de internet y los centros de atención a usuarios finales.

60. Los potenciales usuarios debían proporcionar *el código postal* de su domicilio, a partir del cual los mecanismos le direccionaban al agente económico A o B, según su ubicación. Esto permitió al Instituto concluir *que dichos mecanismos direccionaban según el código postal, a los usuarios interesados en contratar los servicios de triple play bajo la misma marca comercial, con la única finalidad de segmentar el mercado*. Ambos agentes económicos se abstendrían de prestar servicio en localidades donde ya tenía presencia uno o donde tenían la posibilidad de hacerlo.

3.2. Determinación de la multa

61. Con base en los criterios previstos en la LFCE, se determinaron las cuantías correspondientes a (i) la gravedad de la infracción, (ii) el daño causado, (iii) los indicios de intencionalidad, (iv) la participación del infractor en el mercado, (v) el tamaño del mercado afectado, (vi) la duración de la práctica, (vii) la reincidencia o antecedentes del o de los infractores y (viii) su capacidad económica.

62. Conforme a las características de la conducta cometida, en un primer momento, se concluyó que:

- Era altamente grave porque afectaban servicios de interés público y constituía una violación a una norma de orden público e interés social.³⁵
- El acuerdo causaba un daño al mercado porque impidió la libre determinación de la disponibilidad de los servicios en el mercado. Eran los competidores y no la competencia quien determinó la disponibilidad y cobertura de los servicios ofertados en cada una de los 13 municipios analizados.
- Quienes realizaron la conducta eran los principales prestadores de servicios de televisión restringida en México, en términos de sus participaciones de mercado.

³⁴ Se realizó también una imputación de responsabilidad por *fijación de precios* que no fue sancionada por el Pleno del IFT al considerar insuficientes los elementos probatorios.

Versión pública disponible en http://www.ift.org.mx/sites/default/files/conocenos/pleno/sesiones/acu_erdoliga/piftext17021470versionpublicauece.pdf.

³⁵ En efecto, de acuerdo con el artículo 6º, apartado B, inciso II, de la Constitución, las telecomunicaciones son servicios públicos de interés general y corresponde al Estado garantizar que sean prestados en condiciones de competencia.

- Existía un antecedente de la participación en una PMA consistente también en la segmentación de los mercados. No se acreditó la reincidencia, porque el caso no se sancionó.
- La conducta fue prolongada, se identificó a partir de 2009. En algunos casos ocurrió desde el inicio del acuerdo y, en otros, a partir de los participantes del acuerdo obtenían la autorización para prestar los servicios.

63. Al imponer la multa, el IFT incluyó un factor que *resultara disuasivo a la acción anticompetitiva de los agentes económicos*. En este sentido, el monto de la sanción impuesta consideró la gravedad de la conducta y que la sanción debe ser superior al monto que los responsables podrían obtener al realizar la conducta ilegal.

64. Al tratarse de una PMA, el Instituto estaba facultado a imponer una sanción de hasta un millón quinientas mil veces el salario mínimo general vigente para el entonces Distrito Federal –hoy ciudad de México– para el año 2010,³⁶ monto equivalente en esa fecha a \$86,190,000.00 MXN o \$5,149,853.01 EUR.³⁷

65. Debido a que este tipo de prácticas tienen un efecto generalizado sobre el mercado, se consideran graves por el mero hecho de su comisión. En este sentido, se determinó que las sanciones impuestas a cada agente económico responsable debían generar un verdadero efecto disuasivo y reducir los incentivos a infringir la ley. Por ello, se aplicó el factor del doble del daño (i.e., multiplicado por dos).

66. Si bien resulta necesario generar ese efecto disuasivo, la multa también debe ser razonable y ser proporcional a la capacidad económica del infractor. En este caso, el monto de la multa se consideró razonable en proporción a la capacidad económica de las empresas, pues en el caso del agente económico A representó un monto equivalente a 1.65%, y en el caso del agente económico B representó un monto equivalente a 10.88% de su utilidad por operación.

67. Para el agente económico A el monto de la multa representó alrededor del 10% del máximo permitido. Para el agente económico B representó cerca del 39% de la multa máxima posible para ese tipo de infracciones.

3.3. Actuaciones ante las instancias judiciales

68. En contra de la Resolución 1, Cablevisión y Megacable interpusieron juicios de amparo por separado, que fueron revisados por tribunales especializados distintos.

69. El juicio de amparo de Megacable fue el primero en resolverse en definitiva. El Tribunal Especializado concedió el amparo únicamente para efectos de que el Instituto emitiera una nueva determinación que: (i) dejara sin efecto la Resolución 1, únicamente respecto de dicho agente; (ii) determinara si las zonas geográficas en las que prestaban los servicios los agentes involucrados constituían o no un elemento para determinar su calidad de competidores; (iii) hiciera una efectiva valoración de los títulos de concesión y la cobertura de cada agente; (iv) identificara las zonas específicas en la que cada empresa prestaba los servicios; (v) valorara y contestara el argumento relativo a la finalidad de la

³⁶ Conforme a la LFCE aún se contemplaba al salario mínimo, que para el año dos mil diez fue de \$57.46 (cincuenta y siete pesos 46/100 M. N.) de conformidad con la resolución emitida por la Comisión Nacional de Salario Mínimos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintitrés de diciembre de dos mil nueve.

³⁷ Tipo de cambio promedio anualizado 2010: 1 EUR = 16.7364 MXN.

estrategia comercial y, (vi) decidiera sobre la relevancia o irrelevancia para la determinación de la práctica monopólica, los efectos económicos de la estrategia comercial (Ejecutoria M1).³⁸

70. El juicio de amparo de Cablevisión fue sobreseído. El Tribunal Especializado determinó que la Ejecutoria M1 causó el cese de los efectos de la Resolución 1 sobre Cablevisión (Ejecutoria A), al haber *constatado su completa inexistencia*.³⁹

71. En cumplimiento a la Ejecutoria M1, el Instituto emitió una nueva resolución única y exclusivamente para Megacable, a través de la cual se atendieron los requerimientos solicitados por el Tribunal Especializado y, se tuvo por acreditada la PMA en los 13 municipios investigados (Resolución 2).⁴⁰ El IFT quedó impedido para sancionar al agente económico Cablevisión.

72. Contra la Resolución 2, Megacable obtuvo nuevamente un amparo, concedido por el mismo Tribunal Especializado que resolvió el anterior. Esta sentencia ordenó que se emitiera una nueva resolución en la que solo se tuviera por acreditada la PMA en *6 de los 13 municipios investigados*, modificándose así, *el monto de la sanción impuesta en un primer momento* (Ejecutoria M2).⁴¹

3.4. Criterios considerados en la Ejecutoria M2

73. El Tribunal Especializado en la Ejecutoria M2 consideró los siguientes elementos:

3.4.1. Acreditación de la conducta

- El conjunto de indicios fue suficiente para satisfacer el estándar probatorio para tener por acreditada la *segmentación geográfica de mercado*. Las visitas de inspección en los centros de atención y servicios de los agentes económicos investigados, demostraron que los centros eran un instrumento para dividir la prestación de servicios por territorio para 6 de los 13 Municipios analizados.
- De las manifestaciones formuladas por diversos agentes económicos se produce una convicción sólida respecto a que la página de internet sirvió como instrumento para segmentar la prestación de servicios *utilizando el código postal*.
- El IFT demostró con las consultas realizadas a la *página de internet* la existencia de un solo proveedor de los servicios de telecomunicaciones en *6 de los 13 municipios* materia de la investigación, cuestión que *se corroboró con las visitas de inspección a los centros de servicio y atención* de los agentes económicos A y B, respectivamente.
- El Tribunal estimó que para *7 de los 13 municipios investigados no había constancias de visitas de inspección a los centros de servicio y atención* de los

³⁸http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1305/13050000168341360009009.docx_1&sec=Iveth_L%C3%B3pez_Vergara&svp=1

³⁹http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1304/13040000159320910021016011.doc_1&sec=Carlos_Luis_Guill%C3%A9n_Nu%C3%B1%C3%A9z&svp=1

⁴⁰<http://www.ift.org.mx/sites/default/files/conocenos/pleno/sesiones/acuerdologia/versionpublicauepifext011215179.pdf>

⁴¹http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1305/13050000219734020017016002.pdf_1&sec=Jeny_Jahaira_Santana_Albor&svp=1

agentes económicos A y B. Por ende, no se corroboró la existencia de un solo proveedor de los servicios de telecomunicaciones en esos municipios.

- El Tribunal estimó que la evidencia mostraba que el convenio de marca comercial, la página de internet, el *call center* y las visitas a centros de atención, sólo acreditaron la segmentación del mercado en 6 de 13 localidades. Sin embargo, se separó del método holístico al no extrapolar esa evidencia al resto de las localidades. Además, estimó insuficiente la explicación del IFT consistente en que en el resto de las 7 localidades, la segmentación operó por el hecho de que era más rentable que sólo un agente económico prestara servicios en cada una de ellas. El Tribunal rechazó esta teoría al considerar que, en esas 7 localidades, las empresas debían prestar servicios para dar cumplimiento a su título de concesión.

3.4.2. *Multa impuesta*

74. La Ejecutoria M2 concluyó que el Instituto no motivó adecuadamente que la PMA fuera *altamente grave*. En su valoración, las consideraciones sobre la naturaleza de la conducta (i.e. que fuese un cártel) sólo corresponde a las consecuencias naturales de la conducta ilícita que en nada contribuyen a valorar su gravedad y pueden predicarse de cualquier caso en que se tuviera por demostrada una infracción de esta naturaleza.

75. También consideró que el interés general inherente a los servicios públicos afectados no es suficiente para comprender la calificativa de “*altamente*” grave, expresión que tiene una connotación de mayor rigor, que debe estar acompañada de una explicación puntual que lo justifique, derivado de las circunstancias particulares del caso. En la especie, el Tribunal estimó que estas circunstancias no fueron expuestas por el Instituto. Lo mismo sucede con su impacto social y trascendencia de la conducta.

76. Asimismo, calificó incorrecto que se haya aplicado como elemento “*disuasivo*” consistente multiplicar por dos el daño causado, pues no es un factor previsto por la LFCE. Esta decisión sólo aplica al caso específico y es apenas una referencia —no vinculante— para futuras imposiciones de multa.

3.4.3. *Resolución vigente*

77. En cumplimiento a la Ejecutoria M2, el Instituto resolvió:

- tener por acreditada la segmentación de mercado en términos del artículo 9, fracción III, de la LFCE, únicamente por lo que hace a **6 de los 13 municipios** materia de la investigación;
- **tomó en cuenta para efectos del cálculo de la sanción a los 6 de los 13 municipios investigados;**
- consideró únicamente como “grave” la conducta; y
- omitió la aplicación del elemento **disuasivo** consistente en **multiplicar por dos** el daño causado (Resolución 3).⁴²
- Es importante señalar que la Resolución 3 ha sido nuevamente controvertida por Megacable en sede judicial y actualmente está pendiente de resolución. No obstante, sirve para ilustrar el ejercicio del escrutinio judicial respecto a la acreditación de las conductas y la imposición de multas.

⁴² <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/conocenos/pleno/sesiones/acuerdoliga/vppift190918581.pdf>