

Emite COFECE aviso de inicio de investigación por prácticas monopólicas relativas en la industria eléctrica (DE-027-2020)

Ciudad de México, a 6 de mayo de 2021

El día de hoy se publicó en el Diario Oficial de la Federación el aviso mediante el cual la Autoridad Investigadora ("AI") de la Comisión Federal de Competencia Económica ("COFECE" o la "Comisión") informó del inicio de una investigación por denuncia identificada con el número de expediente DE-027-2020 (el "Aviso"), por la posible comisión de prácticas monopólicas relativas en el mercado de generación, comercialización al mayoreo y suministro de energía eléctrica y productos asociados, además de servicios y actividades relacionadas con estos mercados en territorio nacional (el "Mercado Investigado").

Las prácticas o conductas que en principio se investigan son (i) las acciones unilaterales consistentes en rehusarse a vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, y (ii) la acción de uno o varios Agentes Económicos¹ cuyo objeto o efecto directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan otro u otros Agentes Económicos en el mercado relevante.

Con este acto, la COFECE refuerza su interés en atender e investigar temas asociados a la industria eléctrica, teniendo como trasfondo las acciones diversas que ha llevado a cabo para denunciar potenciales prácticas anticompetitivas e inconstitucionales derivadas de la promulgación de regulación y reformas en la materia que han dado lugar al menos a dos controversias constitucionales² y diversas opiniones en el ámbito de su competencia.³

¹ Conforme a la fracción I del artículo 3 de la LFCE, un Agente Económico es toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica.

² En concreto, la controversia constitucional 89/2020 contra la Política Energética de la Secretaría de Energía y la reciente controversia constitucional interpuesta también contra las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica. Sobre la controversia constitucional 89/2020, nuestra Firma emitió una nota el 4 de febrero de 2021, misma que puede ser consultada en la siguiente liga: https://mcusercontent.com/f5a8f812f2a4f58d06c4ef1e3/files/549378b9-4039-4fa1-a201-68a7af9d379d/GA_280393_v1_GC_Actualizaci%C3%B3n_legal_Energ%C3%ADa_Sentencia_SC_JN.pdf

³ Tales como la opinión sobre la iniciativa de reforma a la Ley de la Industria Eléctrica (OPN-001-2021) y la versión preliminar del documento sobre Certificados de Energías Limpias que fue puesto

Para efecto de explicar adecuadamente la relevancia del Aviso en la industria, a continuación, se responden algunas preguntas que pueden ser de interés y en su caso, colaborar con la investigación que realiza la Comisión en el Mercado Investigado.

¿Qué son las prácticas monopólicas relativas y qué es lo que indica el Aviso?

Las prácticas monopólicas relativas se refieren a cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que (i) se lleve a cabo entre uno o más Agentes Económicos que individual o conjuntamente tengan poder sustancial en el mercado relevante en el que se realiza la práctica; (ii) que tenga como objeto u efecto desplazar indebidamente de dicho mercado a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente el acceso al mismo, o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos, y que (iii) encuadre en alguno o alguno de los supuestos que marca el artículo 56 de la Ley Federal de Competencia Económica ("LFCE"), entre los cuales se encuentran la realización de ventas atadas, exclusividades, negativa de trato, subsidios cruzados, discriminación de precios, estrechamiento de márgenes, entre otras conductas referidas en el catálogo del artículo citado.

En el Aviso, y dado que el mismo indica que la investigación se ha abierto con motivo de una denuncia, la COFECE indica que ha iniciado la investigación basado en indicios aportados por uno o varios Agentes Económicos que le han dado suficientes elementos para estimar que (i) existe uno o algunos Agentes Económicos con poder sustancial en el Mercado Investigado, que (ii) se encuentran realizando conductas que podrían configurar prácticas monopólicas relativas que incluyen precisamente una negativa de trato y un incremento de los costos, obstaculización del proceso productivo, o reducción de la demanda que enfrentan otros Agentes Económicos, y (iii) que con motivo de dichas conductas, dicho Agente u Agentes Económicos están desplazando indebidamente a otros Agentes Económicos del Mercado Investigado.

¿Cuál es el proceso mediante el cual se desahoga la investigación?

La publicación del Aviso y el inicio del procedimiento no prejuzga sobre la responsabilidad de los denunciados o la existencia de hecho de las prácticas referidas en el mismo. Para ello, el Aviso precisamente tiene la finalidad de informar a la sociedad en general de la existencia de la investigación, para efectos de que cualquier persona pueda coadyuvar en el procedimiento durante el periodo de investigación, mismo que (i) dura de 30 a 120 días hábiles, y (ii) que

a disposición del público para comentarios, finalizado el día 5 de marzo de 2021. Ambos documentos pueden encontrarse en la siguiente página de internet: <http://www.cofece.mx>.

puede ser ampliado hasta por cuatro ocasiones más, igualmente por periodos que van de los 30 a los 120 días hábiles.

Una vez que termine el plazo de la investigación, la AI determinará si se cuentan o no con suficientes elementos para presumir la probable responsabilidad del o los Agentes Económicos denunciados, así como cualquier otro que haya sido encontrado como probable responsable de cometer las prácticas violatorias de la LFCE conforme a la evidencia encontrada en el transcurso de la investigación. De ser el caso, la AI procederá a imputar la probable responsabilidad de dichos Agentes Económicos para que puedan ejercer su debida defensa legal frente al Pleno de la COFECE mediante un procedimiento seguido en forma de juicio. De no tener suficientes elementos para acreditar la plausibilidad de la práctica, la Comisión deberá decretar el cierre del expediente.

¿Es público el expediente de la investigación?

Ni la identidad de el o los denunciantes ni de el o los denunciados es información pública y solo pueden tener acceso al expediente aquellos Agentes Económicos que sean parte del mismo, en lo que corresponda a sus propias actuaciones frente a la AI. La Comisión tiene la obligación de garantizar la estricta confidencialidad y reserva (según aplique) de la información que recolecta en el curso de la investigación a efecto de asegurar el éxito de la misma y determinar objetivamente si las conductas denunciadas son o no probables de realización.

¿Quiénes pueden participar en la investigación?

Como se refirió anteriormente, el propósito de la publicación del Aviso es que cualquier Agente Económico pueda coadyuvar con la investigación que lleva a cabo la COFECE.

No obstante, los Agentes Económicos que pretendan aportar información a la Comisión deberán de evaluar con sus asesores legales y expertos de la materia si la información que pretenden aportar es en efecto con la finalidad solamente de coadyuvar con la Comisión en la investigación, o bien, de denunciar por su cuenta la realización de prácticas anticompetitivas similares o relacionadas a las mencionadas en el Aviso en el Mercado Investigado que concluyan que también les desplazan indebidamente del mismo. De encontrarse relacionadas, sea por cuestión del objeto, identidad de partes denunciadas, o similares, por principios de economía, eficacia y eficiencia procesales, la Comisión probablemente las acumularía como parte del mismo expediente.

De igual forma y en el transcurso de la investigación, aquellos Agentes Económicos que la COFECE considere que pueden coadyuvar con la misma, pueden recibir requerimientos de

información de la AI para la entrega de documentos e información que les permitan indagar sobre las conductas denunciadas, así como llamar a comparecer en su caso a personas que se estime sean relevantes para investigación e inclusive, llevar a cabo la realización de visitas de verificación en las instalaciones y domicilios de los Agentes Económicos que estime pertinentes.

En caso de que la investigación concluya con la determinación de responsabilidad del denunciado o denunciados, ¿qué consecuencias tendría dicho resultado?

En caso de que al término de la investigación se concluya que en efecto el o los Agentes Económicos denunciados son probables responsables de cometer prácticas anticompetitivas, los mismos deberán seguir su defensa mediante un procedimiento en forma de juicio frente a la COFECE, en donde la AI actúa como fiscal del caso contra los denunciados y demás partes que se estimen probablemente responsables de realizar las prácticas anticompetitivas. Si al término de dicho procedimiento seguido en forma de juicio el Pleno de la Comisión determina la existencia de las conductas, sea por objeto u efecto, las partes responsables no sólo serán ordenadas de suprimir o corregir la conducta o conductas anticompetitivas, sino se harán acreedores de sanciones importantes tales como (i) una multa hasta por el 8% de sus ingresos, y (ii) de hasta 200 mil veces la Unidad de Medida y Actualización ("UMA") vigente⁴ para aquellas personas físicas que hayan actuado en representación de personas morales que hayan cometido dicha práctica e inclusive, la posible inhabilitación hasta por 5 años para ejercer como funcionario o directivo de personas morales. Tratándose de funcionarios públicos, las anteriores sanciones son independientes del procedimiento de responsabilidad administrativa que marca la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Además, y en caso de que se confirme por la COFECE la comisión de prácticas monopólicas relativas, aquellos Agentes Económicos que hayan sido afectados por la práctica o prácticas confirmadas podrán llevar a cabo el ejercicio legal de las acciones que estimen conducentes para pedir el resarcimiento del daño causado por la comisión de las prácticas sancionadas por COFECE bajo las leyes civiles aplicables.

Frente a la determinación del Pleno de la COFECE sobre la comisión de prácticas anticompetitivas solo procede como defensa el juicio de amparo indirecto.

⁴ Aproximadamente, MXN\$17.4 millones de pesos, considerando una UMA diaria para 2020 de MXN\$86.88 pesos.

En caso de tener mayor interés sobre el tema de referencia, extendemos una amable invitación para que contacte a cualquiera de nuestros expertos en la materia y podamos asesorarle con mayor detalle.

La defensa de los intereses de nuestros clientes requiere de un apoyo multidisciplinario por parte de especialistas en materia de competencia económica, energética, y de litigio, entre otras especialidades. En el Despacho contamos con los recursos necesarios para ofrecer el apoyo a cualquier participante de la de la industria eléctrica que lo requiera.

* * *

Este documento es un resumen con fines de divulgación exclusivamente. No constituye opinión alguna ni podrá ser utilizado ni citado sin nuestra autorización previa y por escrito. No asumimos responsabilidad alguna por el contenido, alcance o uso de este documento. Para cualquier comentario respecto al mismo, favor de dirigirse con cualquier socio de nuestra firma.

