

Memorándum

Para: COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

De: Aziz & Kaye Abogados, S.C. (A&K)

Fecha: 7 de noviembre de 2017

Asunto: Comentarios al Anteproyecto de Reforma a las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica

Introducción

1. La Comisión Federal de Competencia Económica, (en adelante “**COFECE**”), publicó en su página oficial una consulta pública sobre el Anteproyecto de Reforma a las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica, el cual incluye, entre otros temas, el artículo 103 Bis que regula las comunicaciones entre un agente económico y su abogado.
 2. Para la elaboración del presente documento, A&K revisó lo siguiente: (i) la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante “**CPEUM**”); (ii) la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante “**LFCE**”); (iii) el Anteproyecto de Reforma a las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante “**ANTEPROYECTO**”); y diversas tesis y jurisprudencias emitidos por el Poder Judicial Federal.
 3. El presente documento se divide en 2 secciones; (I) Análisis del Anteproyecto de Reforma a las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica; (II) Conclusiones.
- I. Análisis del Anteproyecto de Reforma a las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica**

4. El artículo 103 Bis del Anteproyecto establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 103 BIS. La resolución que se emita en términos de la fracción VI del artículo 83 de la Ley no considerará las comunicaciones entre un agente económico y su abogado, con excepción de los siguientes casos:

- I. Que el agente económico la hubiera proporcionado;*
- II. Que el agente económico renuncie expresamente a dicho privilegio;*
- III. Que dichas comunicaciones sugieran o impliquen violaciones a la Ley o la normativa aplicable en materia de procedimiento; o*
- IV. Cuando dichas comunicaciones sean inherentes al ejercicio del derecho de defensa del cliente.*



Lo anterior, siempre y cuando dichas comunicaciones se hubieren realizado por abogados independientes o que no estén vinculados con el cliente por una relación laboral, así como las comunicaciones realizadas entre miembros de un mismo agente económico o grupo de interés económico, cuyo único fin sea informar sobre la asesoría jurídica mantenida con abogados independientes para esos efectos.”

5. A&K considera que la regulación que pretende la COFECE llevar a cabo en el ANTEPROYECTO de las comunicaciones entre el agente económico y su abogado podría representar violación a las garantías individuales y derechos humanos de los agentes económicos.

II. Marco Legal

6. El artículo 16 de la CPEUM, en sus párrafos 12 y 13 establece lo siguiente:

*“Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. **En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.**”*

*... **La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.**”*

[Énfasis añadido]

7. Respecto a lo anteriormente transcrito, se debe tener presente que el artículo 16 de la CPEUM, contiene el derecho humano a la inviolabilidad y confidencialidad de las comunicaciones entre el detenido y su defensor.
8. Si bien tal protección se inscribe dentro de las garantías dentro de un procedimiento penal, se debe tener en cuenta que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que las técnicas garantistas del derecho penal pueden ser aplicables al derecho administrativo sancionador, como lo es el contenido en la Ley Federal de Competencia Económica.
9. En este sentido, tratándose de la aplicabilidad del artículo 16 para este caso en particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido la existencia de una similitud del derecho administrativo sancionador y los principios penales sustantivos, tal y como se desprende del siguiente criterio:

“DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO.



De un análisis integral del régimen de infracciones administrativas, se desprende que el derecho administrativo sancionador posee como objetivo garantizar a la colectividad en general, el desarrollo correcto y normal de las funciones reguladas por las leyes administrativas, utilizando el poder de policía para lograr los objetivos en ellas trazados. En este orden de ideas, la sanción administrativa guarda una similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico; en uno y otro supuesto la conducta humana es ordenada o prohibida. En consecuencia, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador resultan ser dos inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos. Ahora bien, dada la similitud y la unidad de la potestad punitiva, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador puede acudir a los principios penales sustantivos, aun cuando la traslación de los mismos en cuanto a grados de exigencia no pueda hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. Desde luego, el desarrollo jurisprudencial de estos principios en el campo administrativo sancionador -apoyado en el Derecho Público Estatal y asimiladas algunas de las garantías del derecho penal- irá formando los principios sancionadores propios para este campo de la potestad punitiva del Estado, sin embargo, en tanto esto sucede, es válido tomar de manera prudente las técnicas garantistas del derecho penal.

Acción de inconstitucionalidad 4/2006. Procurador General de la República. 25 de mayo de 2006. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: Makawi Staines Díaz y Marat Paredes Montiel."

10. También, es importante tomar en consideración que el derecho humano a la inviolabilidad de las comunicaciones entre el detenido y su defensor (entre el agente económico y su abogado) es inalienable, imprescriptible e irrenunciable. Por tanto, la renuncia que se pretende haga el agente económico, en el artículo que se analiza del ANTEPROYECTO, resultaría de suyo contrario a la norma constitucional y en caso de utilizarse tales comunicaciones en la resolución que en su caso emita la COFECE, pondrían en riesgo los esfuerzos de esa autoridad en una investigación, pues muy probablemente los tribunales federales resolverían la inconstitucional del artículo en cita.

III. Conclusiones

11. A pesar de que la propuesta de la COFECE evidentemente busca combatir con mayor fuerza las prácticas monopólicas, precisamente para evitar que en sede judicial se nulifiquen las resoluciones sancionatorias que esa COFECE llegaran a emitir, por estar fundadas en una disposición legal viciada de inconstitucionalidad, es que se sugiere eliminar el artículo 103 bis del ANTEPROYECTO.