

**Comentarios a la Propuesta de Reforma de las
Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica
("Propuesta de Reforma de las Disposiciones Regulatorias")**

1. SAI Consultores, S.C: ("SAI") agradece la oportunidad que ha brindado la esa Comisión Federal de Competencia Económica ("COFECE") para manifestarnos sobre la Propuesta de Reforma de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica. No obstante, cabe aclarar que en este caso, la Consulta Pública se diseñó con un periodo muy corto, para que los interesados pudieran generar sus comentarios; por tanto, los comentarios que a continuación se presentan se enfocan en los aspectos más importantes identificados por SAI.
2. En las siguientes secciones, SAI expondrá: (i) elementos de la Propuesta de Reforma con los que SAI coincide en su incorporación; en algunos casos con algunas salvedades; (ii) elementos de la Propuesta de Reforma con los que SAI no coincide
 - I. **Elementos de la Propuesta de Reforma de las Disposiciones Regulatorias con los que SAI coincide**
3. SAI celebra la inclusión a las Disposiciones Regulatorias de la LFCE de diversos elementos que contribuyen a una adecuada aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica ("LFCE") y dan certeza jurídica a los agentes económicos en relación a diversos procedimientos.
4. Los elementos con que SAI se resumen a continuación:
 - o **Artículo 20**
5. El artículo 20 de la Propuesta de Reforma establece la posibilidad de que sea la empresa controladora la que notifique una concentración. Al respecto, SAI coincide con esta adición dado que, en ocasiones, una sociedad controladora no cuenta con total claridad sobre la subsidiaria a través de la cual se celebrará una operación. Por tanto, el abrir esta posibilidad, podrá permitir a los agentes económicos de forma más pronta acudir a solicitar la autorización de la Comisión, para cierta transacción. Así, esto podría abonar a que pueda existir celeridad en negociaciones relacionadas a concentraciones. agente económico

- **Artículo 21**

6. El artículo 21, establece que el Secretario Técnico emitirá un acuerdo en el que citará a los notificantes de una concentración a una entrevista en la que expresará con claridad los posibles riesgos en materia de competencia que sean detectados derivado de la transacción de que se trate. Sin duda, esta incorporación, dará mucha más claridad a los agentes económicos sobre los riesgos que la autoridad está identificando; lo cual viene a remediar problemas de claridad que en algunos casos se pueden dar en la práctica.
7. Incluso, para hacer más efectiva esta regulación, se podría incorporar en este artículo, que los riesgos deberán ser notificados por escrito, de tal suerte, que se minimice cualquier posibilidad de no entender con claridad las preocupaciones que tiene la autoridad.

- **Artículo 23**

8. El artículo 23, reglamenta que los agentes que hayan recibido una aprobación para realizar una concentración tendrán treinta días después de consumada la transacción, para reportar el hecho ante COFECE. Al respecto, SAI coincide con esta incorporación, dado que reglamenta una práctica que ya se venía dando, pero derivado de instrucciones incorporadas a resoluciones del Pleno sobre autorizaciones de concentración.

- **Artículo 29 bis**

9. El artículo 29 bis, que incluye la posibilidad de que los agentes económicos puedan notificar una concentración de forma extemporánea; lo cual evitará la utilización de la figura de “investigación por la posible comisión de concentraciones ilícitas” en el caso de concentraciones no notificadas y, que resultan ser mucho más largas que el procedimiento que se propone, y que por tanto permitirá eficientar los recursos de COFECE.

10. Asimismo, este procedimiento abre la puerta para una autocorrección sobre este tipo de faltas por parte de los agentes económicos; que logren identificar este tipo de incumplimientos con la regulación de concentraciones.
11. No obstante, este procedimiento resultará efectivo en la medida en que existan incentivos para que los agentes económicos acudan voluntariamente a notificar transacciones sobre las que se omitió la obligación de solicitar autorización a COFECE. En efecto, si un agente, al iniciar este procedimiento tiene el riesgo de recibir la sanción máxima, podría preferir no reportar la omisión, y esperar, a que en su caso COFECE detecte el hecho. Por otro lado, si los agentes económicos saben que habrá una atenuación en la sanción, podrían preferir reportar el incumplimiento de *mutuo propio*.

- **Artículo 105**

12. El artículo 105 de la Propuesta de Reforma establece la posibilidad de que los agentes económicos con interés jurídico en el procedimiento regulado por el artículo 94 de la Ley Federal de Competencia Económica, tengan acceso a las condiciones presentada por el agente que pueda verse afectado por la regulación que derive del procedimiento. Al respecto, SAI coincide con esta adición, dado que, permitirá un diálogo mucho más claro, considerando a todos los interesados, sobre las medidas que resultarán idóneas para restaurar las condiciones de competencia en el mercado de que se trate.
13. Por otro lado, existen elementos de la Propuesta de Reforma de las Disposiciones Regulatorias con los que SAI no coincide tal y como están propuestas, pues considera que resultaría muy importante considerar ciertas circunstancias, que se exponen a continuación.

II. Elementos de la Propuesta de Reforma de las Disposiciones Regulatorias con los que SAI no coincide

14. SAI considera que algunas reformas o inclusiones a las Disposiciones Regulatorias de la LFCE merecen un comentario. Para efectos de lo anterior, se presentan dos secciones: (a) comentarios generales a la propuesta de

reforma a las Disposiciones Regulatorias de la LFCE; y (b) comentarios a la propuesta del artículo 103 bis sobre el tratamiento de comunicaciones protegidas por el privilegio legal.

A. Comentarios Generales a la Propuesta de Reforma a las Disposiciones Regulatorias

15. A continuación, se resumen los comentarios generales de SAI, respecto a aquellos artículos sobre los que existen preocupaciones.

o Artículo 15

16. El artículo 15, considera que para efectos de la evaluación de umbrales bajo los cuales una transacción debe ser notificada de forma ex ante a COFECE, en el caso de operaciones cuya ejecución se dé a lo largo del tiempo e involucre flujos futuros de dinero, debe considerarse el monto ajustado a valor presente. Al respecto, SAI considera que lo establecido por este artículo podría contradecir lo dispuesto por la LFCE, en relación a las operaciones cuya ejecución se dé a lo largo del tiempo e involucre flujos futuros de dinero.

17. Lo anterior, pues en el artículo 87, fracción IV de la LFCE se establece que tratándose de sucesión de actos¹ la obligación de notificar se produce antes de que se perfeccione el último de los actos sucesivos, por virtud del cual se rebasen los montos establecidos en el artículo 86 de la LFCE.²

¹ La secuencia o serie de actos jurídicos u operaciones que permiten a un agente económico unir empresas, acciones, partes sociales o activos de un mismo agente o grupo de interés económico. *Vid.* COFECE, Guía para la Notificación de Concentraciones, 2015, p. 16.

² De conformidad con el artículo 86 de la LFCE, las siguientes concentraciones deberán ser autorizadas por la Comisión antes de que se lleven a cabo:

I. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, independientemente del lugar de su celebración, importen en el territorio nacional, directa o indirectamente, un monto superior al equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal;

II. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, impliquen la acumulación del treinta y cinco por ciento o más de los activos o acciones de un Agente Económico, cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional importen más del equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, o

III. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen impliquen una acumulación en el territorio nacional de activos o capital social superior al equivalente a ocho millones cuatrocientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal y en la concentración participen

18. Bajo lo anterior, parece contradictorio que este artículo 15 sugiera que una transacción deberá valorarse considerando valores futuros. En todo caso, estas transacciones deberían notificarse momentos antes de que la relación de tracto sucesivo alcance alguno de los umbrales respectivos.

○ **Artículo 18**

19. El artículo 18 establece que los agentes económicos que notifiquen una concentración deberán presentar ante COFECE la totalidad de los documentos que contengan el objetivo y motivo de la operación. Incluso, se especifica, en la fracción III de ese artículo, que estos agentes notificantes deberán presentar evaluaciones elaboradas por ellos mismos o por terceros; lo cual podría incluir comunicaciones entre Abogado-Cliente.

20. Al respecto, tal y como se explicará más adelante, la obligación de presentar evaluaciones elaboradas para los agentes económicos involucrados en la operación en las que se analice la viabilidad de concretar la operación notificada, podría violar el privilegio abogado-cliente.

21. Ello, considerando que el objetivo fundamental detrás de los últimos criterios emitidos por el Poder Judicial en relación a las Comunicaciones Abogado-Cliente es precisamente preservar la posibilidad de que los agentes económicos tengan acceso a asesorías legales, que incluso puedan versar sobre riesgos en algún procedimiento.³ Lo cual claramente puede incluir las consultas legales en relación a retos o riesgos que pudiera implicar cierta transacción.

dos o más Agentes Económicos cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional conjunta o separadamente, importen más de cuarenta y ocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal.

³ Tesis I.1o.A.E.193 A (10a.), Época Décima, emitida por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, publicada en enero de 2017 en el Libro 38 del Tomo IV del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 2475, de rubro: COMUNICACIONES ENTRE UN ABOGADO Y SU CLIENTE CON MOTIVO DE UN PROCEDIMIENTO SEGUIDO POR LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA ECONÓMICA. NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LAS OBTENIDAS COMO RESULTADO DE LAS FUNCIONES DE VERIFICACIÓN, SALVO QUE EXISTAN INDICIOS QUE PUEDAN IMPLICAR AL PROFESIONISTA COMO COPARTÍCIPE DE UN ILÍCITO.

○ **Artículo 109**

22. El artículo 109 diferencia entre los agentes que serán considerados como “parte afectada” y los agentes que se considerarán con “interés en el asunto”, en relación al artículo 96 de la LFCE.
23. En este sentido, debe mencionarse la forma en la que se ha entendido por el Poder Judicial, el concepto de interés jurídico y el acreditamiento de alguna afectación personal y directa.⁴
24. El concepto de interés jurídico ha sido desarrollado a través de la jurisprudencia; ha sido estático, no dinámico, aunque con ciertas precisiones, pero en lo esencial, sigue la línea de identificación con lo que se conoce como derecho subjetivo, es decir, aquel derivado de la norma objetiva que se concreta en forma individual y otorga una facultad o potestad de exigencia oponible a la autoridad.⁵
25. Bajo lo anterior, SAI considera erróneo que se haga una distinción entre “parte afectada” y “parte con interés en el asunto”, pues de acuerdo con el Poder Judicial, la parte afectada tiene interés en el asunto y, por tanto, interés jurídico.
26. Por lo cual, SAI considera que la parte que puede sufrir una afectación derivada de la posible falta de competencia efectiva o existencia de poder sustancial en el mercado también tiene interés jurídico, por lo cual, también debería estar en posibilidad de revisar el expediente; a efectos de que pueda realizar manifestaciones con mejor información. Ante esto, debe de eliminarse esta distinción y otorgarle interés jurídico a la “parte afectada”.

○ **Artículo 195**

⁴ Tesis II.1o.23 K (10a.), Época Décima, emitida por el Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito con residencia en Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México, publicado en octubre de 2016 en el Libro 35, Tomo IV del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, p. 2942, de rubro: INTERÉS JURÍDICO E INTERÉS LEGÍTIMO EN EL JUICIO DE AMPARO.

⁵ Tesis: IV.3o.A.6 K (10a.), Época Décima, emitido por el Tercer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Cuarto Circuito, publicada en octubre de 2012 en el Libro XIII, Tomo 4, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 2606, de rubro: INTERÉS JURÍDICO. SOBRE LA BASE CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL, SE TIENE PARA EXIGIR EL RESPETO Y CUMPLIMIENTO DE TODO DERECHO HUMANO FRENTE A UN ACTO DE AUTORIDAD.

27. El artículo 195 establece que las medidas de apremio que puede imponer la COFECE, podrán establecerse sin que medie prelación alguna.
28. Se considera que el establecer que no es necesario un orden para la aplicación de una medida de apremio puede violarse el principio de legalidad y de seguridad jurídica de los agentes económicos, así como a la necesidad de guardar proporcionalidad en la imposición de multas.
29. En cuanto a los principios de legalidad y a la seguridad jurídica, el Poder Judicial⁶ ya ha establecido que para que una medida de apremio resulte legítima, deben observarse las siguientes formalidades:
 1. La existencia de un mandamiento legítimo de autoridad;
 2. Que al pronunciarse éste se aperciba al obligado que en caso de no cumplirlo, se le impondrá una medida de apremio;
 3. Que se determinen con precisión los medios de apremio a aplicar;
 4. Que se notifique el mandato al sujeto obligado a su cumplimiento; y
 5. Que a partir de que surta efectos la notificación del auto que contiene el mandato legítimo de autoridad, sin que se hubiese cumplido en el término concedido, se haga efectivo el medio de apremio.
30. El cumplimiento con lo anterior salvaguarda los principios de legalidad y seguridad jurídica que prevén los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶ Tesis I.4o.A.742 A, Época Novena, emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, publicada en abril de 2011, en el Tomo XXXIII del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 1231, de rubro: COMPETENCIA ECONÓMICA. REQUISITOS PARA QUE SE REPUTE LEGAL LA MULTA MÁXIMA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 34, FRACCIÓN II, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, IMPUESTA COMO MEDIDA DE APREMIO POR UNA CONDUCTA CONSIDERADA GRAVE DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN PARA DETERMINAR LA PROBABLE EXISTENCIA DE PODER SUSTANCIAL EN LOS MERCADOS.

31. Por su parte, con relación a la obligación de imponer una medida de apremio proporcional, el Poder Judicial,⁷ que la imposición de medidas de apremio, como facultad reglada con la que cuenta COFECE debe justificarse por la autoridad, por lo cual debe utilizarse una metodología y criterios basados en los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

B. Comentarios respecto del artículo 103 Bis de la Propuesta de Reforma a las Disposiciones Regulatorias a la LFCE.

32. Se considera que la redacción propuesta por esta Comisión es inconstitucional y vulnera de forma profunda el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones entre un abogado y su cliente (“Comunicaciones Abogado-Cliente”) por las siguientes razones:

1. Presume que la Autoridad Investigadora tendrá acceso a las Comunicaciones Abogado-Cliente.
2. Establece una definición restrictiva del derecho a la inviolabilidad de las Comunicaciones Abogado-Cliente, cuyos alcances todavía no han sido definidos por los Tribunales competentes.
- **Es erróneo que la inviolabilidad de las Comunicaciones Abogado-Cliente sea protegida únicamente estableciendo que el Dictamen de Probable Responsabilidad (“DPR”) no considerará las Comunicaciones Abogado-Cliente.**

33. La redacción propuesta implica que la Autoridad Investigadora tendrá acceso a las Comunicaciones Abogado-Cliente, aun y cuando no pueda utilizarlas para realizar una imputación. Esta característica *per se* es violatoria del derecho a la inviolabilidad de las Comunicaciones Abogado Cliente.

⁷ Tesis I.1o.A.E.98 A (10a.), Época Décima, emitida por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito En Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, publicado en enero de 2016 en el Libro XVI de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, página 3173, de rubro: COMPETENCIA ECONÓMICA. PARA JUSTIFICAR LA IMPOSICIÓN DE LAS MEDIDAS DE APREMIO, LA COMISIÓN FEDERAL DE LA MATERIA DEBE UTILIZAR UNA METODOLOGÍA Y CRITERIOS BASADOS EN LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD.

34. De conformidad con lo establecido en la resolución al expediente Q.A. 41/2016 emitida por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones (el “Primer Tribunal Especializado”), **la mera sustracción de Comunicaciones Abogado-Cliente constituye un supuesto de procedencia en el amparo**, es decir, existe una posible violación al derecho a la inviolabilidad del derecho aludido.
35. Si bien la derivación lógica de dicha violación es que la Autoridad Investigadora no puede considerar las Comunicaciones Abogado-Cliente en la emisión del DPR, se considera que la ausencia de un procedimiento que garantice la inviolabilidad de dichas comunicaciones constituye un acto de violación continuo a los derechos, tanto del abogado, como del cliente.
- **Las Disposiciones Regulatorias no pueden limitar el ámbito de aplicación del derecho a la inviolabilidad de las Comunicaciones Abogado-Cliente.**

1. Manifestaciones fundamentales

36. El Primer Tribunal Especializado ha emitido tres tesis aisladas en relación con la inviolabilidad de las Comunicaciones Abogado Cliente,⁸ mismas que derivaron del expediente Q.A. 41/2016. De conformidad con dichos criterios, se pueden desprender ciertos elementos distintivos que son resultados del análisis de **un caso concreto**:

⁸ Tesis: I.1o.A.E.192 A (10a.), Décima Época publicada en enero de 2017 en el Libro Tomo IV del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 2437 con rubro: AUTORIDADES DE COMPETENCIA ECONÓMICA. CONTRA LOS ACTOS DE EJECUCIÓN IRREPARABLE QUE EMITAN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN A SU CARGO PROCEDE EL AMPARO. Tesis I.1o.A.E.193 A (10a.) Décima Época publicada en enero de 2017 en el Libro Tomo IV del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 2475 con rubro: COMUNICACIONES ENTRE UN ABOGADO Y SU CLIENTE CON MOTIVO DE UN PROCEDIMIENTO SEGUIDO POR LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA ECONÓMICA. NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LAS OBTENIDAS COMO RESULTADO DE LAS FUNCIONES DE VERIFICACIÓN, SALVO QUE EXISTAN INDICIOS QUE PUEDAN IMPLICAR AL PROFESIONISTA COMO COPARTÍCIPE DE UN ILÍCITO; y Tesis I.1o.A.E.194 A (10a.) Décima Época publicada en enero de 2017 en el Libro Tomo IV del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 2721, de rubro: SECRECÍA DE LAS COMUNICACIONES ENTRE UN ABOGADO Y SU CLIENTE. ES APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

- El derecho a la inviolabilidad de las Comunicaciones Abogado-Cliente está reconocido en la Constitución.
- El derecho señalado asiste, tanto al cliente, como a abogados independientes.
- Las Comunicaciones Abogado-Cliente que se realizan con el objeto de garantizar la defensa de un cliente en una investigación existente por la Comisión están constitucionalmente protegidas.
- Cuando el abogado es copartícipe de un ilícito, las Comunicaciones Abogado-Cliente pierden su protección.
- La mera sustracción de las comunicaciones Abogado-Cliente constituyen un acto que puede ser impugnado vía amparo.

37. Es imperante señalar que los criterios existentes responden a un caso concreto en el que la autoridad sustrajo una Comunicación Abogado-Cliente que se encontraba íntimamente relacionada con una investigación abierta por la Comisión. Asimismo, el juicio de amparo fue interpuesto por un abogado independiente.

38. No obstante, lo anterior no implica que otro tipo de Comunicaciones Abogado-Cliente estén exentas de la protección constitucional, situación que dependerá de cada caso concreto que sea analizado por los Tribunales competentes. En esta medida, la Comisión no cuenta con facultades para delimitar un derecho que ya se encuentra constitucionalmente reconocido, estableciendo excepciones que limiten de forma gravosa la inviolabilidad de las Comunicaciones Abogado-Cliente.

2. Elementos a considerar en la regulación sobre las Comunicaciones Abogado-Cliente

39. Tomando en cuenta que el núcleo normativo del derecho a la inviolabilidad de las Comunicaciones Abogado-Cliente es que los funcionarios a cargo de una investigación concreta no tengan acceso a documentos privilegiados, se

considera la implementación de un procedimiento que permita a un tercero imparcial y no relacionado con la investigación, determinar si un documento en cuestión está protegido por el derecho a la inviolabilidad de Comunicaciones Abogado-Cliente.

40. Al respecto, dichos documentos pueden ser transferidos a un juez o a otra persona o grupo de personas designadas, que no estén involucradas en la investigación, para que decidan si está justificado o no que el documento obtenido por la autoridad goce del derecho a la inviolabilidad de las Comunicaciones Abogado-Cliente.⁹ Para estos efectos, se estima procedente establecer en las Disposiciones Regulatorias que cualquier reclamación por parte de algún agente económico que busque la protección de Comunicaciones Abogado-Cliente sea atendida mediante un procedimiento paralelo que puede seguir los mismos plazos a los de un incidente, no obstante, la resolución al mismo no puede ser resuelta por el Pleno, sino por el juez o una persona independiente designada que no esté ni pueda estar relacionada con la investigación o, en su caso, el procedimiento seguido en forma de juicio.
41. Además de lo anterior, se debe resaltar que las Comunicaciones Abogado-Cliente pueden ser sustraídas en formato físico o electrónico. Por tanto, se recomienda establecer una guía o procedimiento que permita otorgar certeza a los agentes económicos de que las Comunicaciones Abogado-Cliente no serán vistas por los funcionarios involucrados en la investigación, hasta en tanto no se califique su contenido por un tercero independiente. Entre los pasos que pueden ser considerados por esta Comisión, se incluyen los siguientes:

– En caso de que la Comunicación Abogado-Cliente se encuentre en un soporte físico, se deberá introducir el documento en un sobre sellado para efectos de su calificación posterior.

–

– En caso de que el agente económico visitado alegue la sustracción de una Comunicación Abogado-Cliente en formato electrónico, la Autoridad Investigadora deberá dar vista a dicho agente para atender a una audiencia en la que el personal especializado en Tecnologías de la Información de esta Comisión verifique la existencia del documento en cuestión y pueda ser extraído, sellado, y puesto en custodia de un tercero para su calificación.

–

⁹ *Investigative Tools Report, Apartado 2. Inspections in Business Premises. Sub-apartado 2.5 Limitations, Página 15.*

– Por otro lado, la Comisión podrá extraer la información que no esté protegida y copiarla en un dispositivo alternativo, mientras que la extracción original quede debidamente sellada para evitar que se tenga acceso a la información que contenga Comunicaciones Abogado-Cliente.

42. Efectivamente, este tipo de procedimientos es común en el ámbito internacional y forma parte de las mejores prácticas. Por ejemplo, de acuerdo con las Buenas Prácticas en materia de competencia que sigue la Comisión Europea para el desarrollo de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “TFUE” o “Tratado de Roma”), durante las visitas de verificación, la autoridad no puede leer o copiar Comunicaciones Abogado-Cliente Asimismo, cuando no se pueda resolver in situ si el documento tiene dicha protección, los documentos deben sellarse y resguardarse para efectos de su calificación posterior.¹⁰
43. Resulta relevante mencionar que, en la Unión Europea, de acuerdo a las buenas prácticas del TFUE, la persona que alega la existencia de una Comunicación Abogado-Cliente, puede remitir la cuestión a un auditor. Así, sin revelar el contenido potencialmente confidencial de la información, el auditor comunicará su dictamen preliminar al funcionario responsable y a la empresa o asociación de empresas de que se trate y podrá adoptar las medidas oportunas para promover una solución aceptable para ambas partes.¹¹
44. En la misma línea, la normatividad en materia de competencia en Canadá obliga a la autoridad a empaquetar, sellar e identificar la información sobre la cual se alegue una Comunicación Abogado-Cliente así como cualquier nota tomada respecto de la misma, para posteriormente ponerlo en custodia de una autoridad independiente o acordada entre la autoridad y la persona que alega el privilegio del documento. La persona independiente que tenga la custodia deberá determinar si el documento goza de la protección del privilegio abogado-cliente o no.¹²

¹⁰ MEMO/11/703. *Best Practices to increase interaction with parties and enhanced role of hearing officer– frequently asked questions*. Véase: [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-11-703_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-703_en.htm)

¹¹ *Comunicación de la Comisión sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 del TFUE* (2011/C 308/06), Apartado 2.7 “Prerrogativa del Secreto Profesional”, párrafos 55 y 56, Página 17.

¹² *Competition Act de 1985* (Canadá), Sección 19 y Subsecciones 1 a 5.

45. De igual forma, en Estados Unidos se puede designar a un equipo de agentes aplicadores de la ley y abogados que no estén involucrados en la investigación para decidir si la protección del privilegio abogado-cliente es aplicable a la información respectiva.¹³

III. Elementos no incluidos en la Propuesta de Reforma, que deberían incluirse

46. SAI considera que existen diversos elementos que podrían haberse incluido en la Propuesta de Reforma con el objeto de mejorar procesos, brindar mayor seguridad jurídica e incentivar a los agentes económicos a cooperar con la cultura de competencia. Sin embargo, los mismos no fueron considerados.
47. Bajo lo anterior, dichos elementos son la (i) falta del establecimiento de un criterio ante la pérdida de lugar de un solicitante de inmunidad y la posibilidad de que el siguiente en el orden de prelación ocupe el lugar; y (ii) la consideración de la implementación de un Programa de Cumplimiento eficiente para la atenuación de la multa aplicable a un agente económico por la comisión de prácticas anticompetitivas. A continuación, se explican estos elementos.
- **Falta del establecimiento de un criterio en caso de pérdida de lugar de un solicitante de inmunidad, después del procedimiento seguido en forma de juicio**
48. SAI considera que la Propuesta de Reforma de las Disposiciones Regulatorias omitieron considerar qué pasará con el lugar de prelación de los agentes que se acogieron el beneficio de inmunidad, en caso de que uno de estos pierda dicho beneficio, después del procedimiento seguido en forma de juicio.
49. A este respecto, resulta importante señalar que el artículo 103 de la LFCE es totalmente claro en establecer que el beneficio de inmunidad podrá ser otorgado únicamente si el agente económico de que se trate cumple cabalmente

¹³ *Investigative Tools Report*, Página 15.

con los requisitos previstos por ese artículo entre el que se encuentra “cooperar plenamente durante todo el procedimiento”.

50. Por su parte, los artículos 114 y 115 de las Disposiciones Regulatorias de la LFCE señalan que la determinación final de la inmunidad es decidida hasta imponer la multa por parte del Pleno, por tanto, la determinación preliminar de la Autoridad de Investigadora sobre el lugar de inmunidad no debe prejuzgar sobre la valoración final que realice al Pleno.
51. Bajo este supuesto, si un agente pierde el beneficio de inmunidad, el lugar de prelación del resto de los agentes que se acogieron a dicho beneficio debería recerse.
52. De hecho, esta interpretación es acorde con la interpretación que en el mundo le han dado al programa de inmunidad. Como ejemplo puede mencionarse Alemania, donde la legislación de competencia, al igual que en otros países de la Unión Europea, ha establecido que en caso de que un solicitante de inmunidad que incurrió en una práctica monopólica absoluta no cumpla con su obligación de cooperar con la autoridad de competencia, perderá su lugar en el orden de prelación para la reducción de sanciones y el siguiente solicitante de inmunidad en la lista subirá de lugar.¹⁴
53. Bajo lo anterior, SAI considera que debe incluirse una disposición en la Propuesta de Reforma de las Disposiciones Regulatorias que establezca un criterio para el caso en que a un solicitante de inmunidad se le revoque su inmunidad (por dejar de cooperar) y los solicitantes de inmunidad en la lista suban de lugar.

○ **Consideración de la implementación de Programas de Cumplimiento como atenuante de multas**

54. Por su parte, cabe destacar que COFECE y múltiples autoridades de competencia en el mundo han destacado la importancia de los Programas de Cumplimiento y su implementación por parte de los agentes económicos.

¹⁴ Notice no. 9/2006 of the Bundeskartellamt on the immunity from and reduction of fines in cartel cases - Leniency Programme - of 7 March 2006”, p. 4, disponible en: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Notice%20-%20Leniency%20Guidelines.pdf?__blob=publicationFile&v=5

55. Sin embargo, SAI considera que la Propuesta de Reforma de las Disposiciones Regulatorias omitió considerar la posibilidad de incentivar a los agentes económicos para implementar dichos programas a través de, por ejemplo, considerando la aplicación de programas serios y efectivos como una atenuación de multas.
56. Lo anterior se ha hecho en lugar como Canadá, donde se ha adoptado la práctica de atenuar multas aplicadas a un agente económico cuando éste haya implementado un Programa de Cumplimiento efectivo y con credibilidad. Sin lugar a duda, esto incentiva a los agentes económicos a invertir recursos, tiempo y esfuerzo en la generación y aplicación de este tipo de programas.¹⁵
57. Por lo tanto, SAI considera que la atenuación de multas por parte de COFECE ante la implementación de Programas de Cumplimiento efectivos y creíbles por parte de los agentes económicos podría resultar un buen incentivo para promocionar la competencia y evitar conductas anticompetitivas.

¹⁵ Competition Bureau Canada, *Archived — Corporate Compliance Programs*, disponible en: http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03280.html#s5_2_2