

Ciudad de México a 5 de febrero de 2019.

COMENTARIOS DE LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE ABOGADOS DE EMPRESA, COLEGIO DE ABOGADOS A.C., AL ANTEPROYECTO DE CRITERIOS TÉCNICOS DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA PARA EL MANEJO DE LA INFORMACIÓN DERIVADA DE LA ASESORÍA LEGAL QUE SE PROPORCIONE A LOS AGENTES ECONÓMICOS (“ANTEPROYECTO”), SOMETIDO A CONSULTA PÚBLICA POR LA COFECE

El 11 de diciembre de 2018 esa H. Comisión Federal de Competencia Económica (“Cofece” o “Comisión”) publicó en el Diario Oficial de la Federación el inicio de la consulta pública respecto del Anteproyecto, la cual termina el 5 de febrero de 2019.

La Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, A.C. (“ANADE”), reconoce el valioso esfuerzo que representa este ejercicio de consulta pública. Sin duda, la emisión de criterios técnicos sobre este tema puede ser una oportunidad para que Cofece tenga un protocolo interno claro para garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales a la inviolabilidad de las comunicaciones abogado-cliente, a una defensa adecuada, a la seguridad jurídica, a la no autoincriminación y al debido proceso de los agentes económicos. Un sistema que observe la obligación constitucional de respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales, en particular aquéllos vinculados al privilegio legal, permitirá a la autoridad ejercer exitosamente sus facultades de investigación al disminuir la probabilidad de que sus procedimientos se nulifiquen por razón de violaciones procesales.

Los abogados de empresa tenemos un papel fundamental como coadyuvantes de la autoridad en lograr una mayor promoción y entendimiento sobre la legislación de competencia económica, y su cumplimiento. Asimismo, desempeñamos un papel clave en la correcta administración de justicia, al asesorar y representar a nuestros clientes en el planteamiento claro y completo de sus casos ante las autoridades. Por ello, resulta de vital importancia y una cuestión de interés público que podamos comunicar con libertad y exhaustividad nuestras opiniones y recomendaciones a las empresas para lograr esos objetivos y que el cliente pueda compartirnos desinhibidamente la información necesaria para ello.

ASOCIACIÓN NACIONAL DE ABOGADOS DE EMPRESA COLEGIO DE ABOGADOS, A.C.

Homero No. 1933, Despacho 503, Col. Los Morales, Delegación Miguel Hidalgo, C.P. 11510, Ciudad de México.
Tel. 5545-4546 / 5250-6780 / 5531-4101 www.anademx.com / www.anade.mx / www.anade.org.mx

Con base en lo anterior, la ANADE plantea algunas reflexiones en torno al Anteproyecto con el ánimo de que la Cofece y el sector privado trabajen de la mano para una mejor protección de los derechos fundamentales en los procedimientos de competencia económica:

- 1. Protocolo de reconocimiento y defensa de un derecho existente.** Como se dijo, ANADE observa este Anteproyecto como un esfuerzo de la Comisión por reconocer y garantizar los derechos de los ciudadanos frente a la autoridad, lo que le ayudará a que sus investigaciones se mantengan sólidas ante el escrutinio judicial. Por ello, sugerimos que el enfoque del documento sea primordialmente un protocolo de cadena de custodia de la información extraída en visitas de verificación, y que, si bien provea reglas para que el gobernado identifique documentos privilegiados, evite acotar derechos fundamentales.
- 2. Definición de Privilegio Legal.** El Privilegio Legal es un derecho fundamental cuyos alcances serán determinados por los tribunales caso por caso (*i.e.*, excede el ámbito de la competencia económica). Debido a lo anterior, se recomienda que los criterios que haya de emitir Cofece únicamente delimiten el quehacer de dicha autoridad en los procedimientos, evitando definir el alcance y extensión del Privilegio, directa o indirectamente. Por ello, pedimos a esa Comisión evitar señalamientos como la pérdida del privilegio cuando se comparte un documento con terceros, cuando el documento mismo contiene información de terceros (de hecho, la protección del privilegio pudiera versar sobre el contenido de todo el documento y no se podría utilizar información alguna) o, incluso, establecer normas que refieran, expresa o veladamente, que la protección se confiere únicamente a las comunicaciones con abogados externos (punto que se abordará en el numeral siguiente).
- 3. No distinción entre abogados internos y externos.** Los abogados internos son garantes del cumplimiento normativo al interior de las empresas, y sus clientes (*i.e.*, los agentes económicos y sus funcionarios) no deberían estar en una posición menos favorable por el hecho de acudir a ellos. La desprotección que sugiere el Anteproyecto tendría un efecto amedrentador en el ejercicio de la profesión (legitimando, por cierto, la judicialización de los criterios técnicos como normas autoaplicativas), pues los departamentos de las empresas verían mermados los incentivos para buscar al abogado interno cuando tengan dudas de competencia o de otras áreas de derecho, quien por razones de cercanía y conocimiento del negocio se encuentra en la mejor posición para determinar si existe una potencial contingencia. Es indispensable acercarse a la

interpretación de la Corte Suprema de E.U.A. en el caso *Upjohn*¹, donde se confirmó que el Privilegio Legal aplica a abogados internos y empleados. En definitiva, normas que priven de la protección al abogado interno son inconsistentes con el interés público detrás de la eficacia en las tareas de prevención, detección y corrección de posibles violaciones a la LFCE.

- 4. Separación Estructural.** Se recomienda que el equipo de Cofece responsable de la realización de las visitas de verificación sea distinto e independiente de aquél a cargo del expediente. Lo anterior, con el fin de que no exista, incluso a nivel percepción, contaminación del expediente por haber tenido acceso el equipo a información que pudiera tener el carácter de Privilegio Legal.

El principio de separación estructural e independencia deberá aplicar, además, en la designación del Comité Calificador. Al respecto, se considera de vital importancia que se integre por funcionarios que no dependan estructuralmente ni de la Autoridad Investigadora ni de la Secretaría Técnica. Con medidas conocidas como *chinese walls*, se alinearían las prácticas de Cofece con aquellas mundialmente reconocidas. Asimismo, se recomienda que se constituya un único Comité Calificador encargado de todas las Solicitudes de Calificación, en lugar de constituir un Comité Calificador para cada Solicitud de Calificación; lo anterior, con la finalidad de garantizar objetividad, regularidad y uniformidad de criterios al momento de evaluar si las Solicitudes de Calificación son procedentes.

- 5. Racionalidad y constitucionalidad de cargas procedimentales.** Es recomendable no imponer obligaciones, cargas o restricciones procedimentales innecesarias, excesivamente formalistas o que puedan hacer nugatorios derechos fundamentales, pues pueden tener como efecto limitar u obstaculizar la protección derivada del Privilegio Legal. En este sentido, la ANADE considera necesario:

- Reconocer de manera expresa que no existe la obligación de proporcionar información ni documentos privilegiados por solicitud, expresa o tácita, de la autoridad, en el contexto de requerimientos de información, comparecencias o visitas de verificación. Tales solicitudes de información privilegiada, así como las normas que pretenden normalizarlas, atentarían de manera directa contra los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones abogado-cliente, a la defensa y al debido proceso de las empresas. Emitir los criterios técnicos sin modificación sobre este punto generaría un efecto amedrentador en el ejercicio de la profesión, legitimando la judicialización de los criterios técnicos como normas autoaplicativas;

¹ *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981). Disponible online en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/449/383/case.html>

- Eliminar las prohibiciones a buscar u obtener la asesoría de abogados en el contexto de las Solicitudes de Calificación (es derecho constitucional del agente o de la persona contar con la misma);
- Reconsiderar la obligación de identificar, dentro de un plazo fatal, documentos y/o archivos a nivel de rutas o mediante la especificación de detalles demasiado onerosos;
- Que los criterios sean más claros y específicos en ciertos aspectos, tales como la extensión de los plazos aplicables a los procedimientos descritos en el Anteproyecto, así como en el proceso de custodia de la información. Incluso, es importante clarificar que los plazos aplicables no suspenden el procedimiento ni pueden aplicarse en perjuicio del ejercicio de los derechos de los involucrados, y
- Eliminar la referencia a medidas de apremio por falsedad de declaraciones en el contexto de una Solicitud de Clasificación, pues aparentemente pretende establecer una sanción relativa a la veracidad de hechos, a una cuestión de criterio (i.e., el alcance del privilegio).

Por la presente, ANADE reitera su disponibilidad para participar en una discusión abierta con la Comisión en el contexto de este ejercicio de consulta pública, que permita fortalecer nuestro sistema jurídico en beneficio de todos.

[SIGUE HOJA DE FIRMAS]

Atentamente,



Adrián Ojeda Cuevas
Presidente del Consejo Directivo Nacional
Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, A.C.



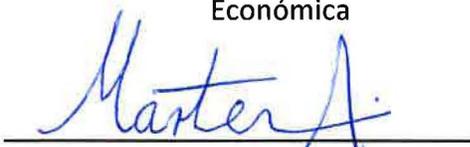
José Ángel Santiago Ábrego
Coordinador de Comités



Sebastián Corcuera Habsburg
Coordinador del Comité de Competencia
Económica



Carlos Mena Labarthe
Coordinador del Comité de Derecho
Administrativo



Federico Martens Alva
Coordinador del Comité de Derecho
Constitucional y Amparo

