Ciudad de México, a 5 de febrero de 2019

Comisión Federal de Competencia Económica
Presente
Vía correo electrónico

Re: **Comentarios al anteproyecto de los 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, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de diciembre de 2018.**

Por el presente nos permitimos presentar respetuosamente para su consideración nuestros comentarios al Anteproyecto de los 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 (al cual **nos** referiremos como "Anteproyecto") que se encuentra disponible en el sitio web oficial de la Comisión Federal de Competencia Económica ("COFECE"), cuyo extracto fue publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha 11 de diciembre de 2018.

1) Facultades regulatorias de la COFECE

De acuerdo con el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), al igual que el órgano regulador Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), la COFECE tiene una función regulatoria interna, al tener la facultad de expedir su estatuto y, una función externa, al tener la facultad de emitir disposiciones administrativas de carácter general, exclusivamente para cumplir con su función regulatoria en el sector de competencia. Por lo que sus normas regulatorias tienen un límite material, por el cual solo puede emitir normas generales en el ámbito de su competencia en el que tiene poderes regulatorios.

El ámbito de competencia de la COFECE se establece en los párrafos décimo cuarto del artículo 28 constitucional y podría resumirse en: i) garantizar la libre competencia y concurrencia; ii) prevenir, investigar y combatir los monopolios, las practicas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes; iii) ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; iv) regular el acceso a insumos esenciales; y, v) ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.

Asimismo, las facultades regulatorias de la COFECE tienen un límite jerárquico, al igual que el IFT. La Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha señalado con respecto al IFT en varias ocasiones (lo subrayado es énfasis añadido):

> **"LÍMITE JERÁRQUICO DE LA REGULACIÓN DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT) ANTE LA LEY. SU APLICABILIDAD SE CONDICIONA A LA CONSTATACIÓN DE UN ÁMBITO DE CONCURRENCIA COMPETENCIAL CON EL PODER LEGISLATIVO.** El parámetro de control constitucional es el artículo 28 constitucional, el cual prevé al IFT como un órgano constitucional autónomo con un ámbito competencial propio. El Tribunal Pleno al resolver la controversia constitucional 117/2014 el siete de mayo de dos mil quince, exploró los alcances constitucionales de las competencias del referido órgano y estableció una metodología básica para resolver posibles conflictos de éste con el Poder Legislativo, con base en el modelo de estado regulador. Entre otras cuestiones, se precisó que el IFT, si bien tiene con amplias facultades

regulatorias propias y que por regla general no se encuentra sujeto al principio de reserva de ley, también cuenta con un límite jerárquico, ya que el artículo 28 citado precisa que las disposiciones administrativas de carácter general que puede emitir dentro del sistema de fuentes jurídicas se encuentran por debajo de la Constitución y, en un peldaño inferior, también debajo de las leyes emitidas por el Congreso de la Unión. Así, el órgano referido tiene la facultad constitucional de emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para cumplir su función regulatoria en el sector de su competencia, constituyendo sus disposiciones generales una fuente jurídica jerárquicamente inferior a las leyes emitidas por el Congreso con fundamento en el artículo 73, fracción XVII, de la Constitución Federal, a cuyos términos debe ajustarse dicho órgano constitucional autónomo. Ahora, ello no supone que todos los conflictos normativos entre una ley y una regulación se deban resolver en favor del reconocimiento de validez de la primera únicamente constatando que la fuente legal federal se ubica en peldaño superior a la fuente regulatoria, ya que en la controversia constitucional 117/2014 se precisó que el artículo 28 constitucional consagraba una nómina competencial propia al IFT, que podía oponer a los otros poderes y utilizar al máximo de su capacidad con independencia de los que los otros hicieran. Por tanto, lo relevante es determinar si el caso en cuestión implica un ámbito material respecto del cual existe una concurrencia de competencias entre el IFT y el Congreso de la Unión, en donde opere la superioridad jerárquica de la fuente legal; sin embargo, si se tratara de un ámbito material respecto del cual el artículo 28 constitucional otorga al IFT una facultad en exclusividad no puede concluirse que resulte aplicable el principio jerárquico, sino aquél de competencia. De ahí, que, en la referida ejecutoria, se determinara que cada facultad debía analizarse en cada caso. Lo anterior se basa en la premisa de que la Constitución define facultades en favor del IFT, muchas veces de manera detallada, lo que no puede dejar a dudas la pretensión de la Constitución de que sea el IFT quien lleve a cabo esas acciones de esa forma precisa, sin que el legislador pueda prever otro curso de acción o que sea otro poder quien las lleve a cabo. Por tanto, la resolución de los conflictos entre el legislativo y el IFT deben resolverse caso por caso, a través de un análisis específico de cada tipo de facultad, en función de su objeto y naturaleza. En suma, para lograr la aplicación del criterio del Pleno relativo a la superioridad jerárquica de la ley en materia de telecomunicaciones, primero, es menester precisar si la norma impugnada se inserta en un ámbito material de concurrencia entre las facultades del IFT y el Congreso de la Unión; sin embargo, de no ser el caso, esto es, que se impugne la norma legal alegando que ésta supone la invasión de una facultad exclusiva del IFT, el problema jurídico no se puede resolver sobre la base del principio jerárquico, sino con el de competencia. Amparo en revisión 952/2016. Intelli Site Solutions, S.A.P.I. de C.V. 18 de octubre de 2017. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho de formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho de formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho de formular voto concurrente. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi. Nota: La parte conducente de la ejecutoria relativa a la controversia constitucional 117/2014, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 27 de noviembre de 2015 a las 11:15 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 24, Tomo I, noviembre de 2015, página 382."

CC

En este sentido, la emisión del anteproyecto por parte de la COFECE va más allá de sus facultades regulatorias en materia de competencia económica, debido a que el secreto profesional (la información y comunicaciones entre abogado – cliente) no es un tema sustantivo de competencia económica, sino una materia que debe ser regulada por el legislador (y con base en los principios y garantías constitucionales), por lo que posiblemente estemos frente a un problema de invasión de esferas competenciales. Al respecto nos permitimos transcribir igualmente la siguiente tesis de jurisprudencia:

"INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). SUS DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL SERÁN VÁLIDAS SIEMPRE Y CUANDO SE INSERTEN EN UN ÁMBITO REGULATORIO Y NO CONTRADIGAN LO PRESCRITO POR LA LEY. Para determinar si el IFT actuó dentro del ámbito material habilitado en su favor por el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al emitir normas administrativas de carácter general, se debe analizar si éstas se insertan en un ámbito eminentemente regulatorio, que no implique una invasión al ámbito de competencias legislativas asignadas al Congreso de la Unión en el artículo 73, fracción XVII, constitucional, toda vez que el citado artículo 28 precisa que el objeto del IFT deberá realizarse conforme a lo dispuesto en la Constitución y en los términos que fijen las leyes, lo cual se constataría cuando se demuestre una contradicción entre la política pública adoptada por el legislador en una ley y la regulación de aquél. Ahora, el principio de no contradicción es el

único criterio de resolución de antinomias entre ambas fuentes, porque el Constituyente decidió fijar un esquema de división de trabajo de producción normativa entre el legislador y el órgano constitucional autónomo -uno para legislar y el otro para regular-, que no incluye un criterio material para distinguir con nitidez un espacio apartado y diferenciado reservado a cada uno de ellos, sino que se dispone de un espacio material común -denominado como sectores de telecomunicaciones y radiodifusión- a los que ambos están llamados a desplegar sus facultades de producción normativa de una manera concurrente. En consecuencia, para determinar la validez de dicha regulación debe acudirse a la ley de la materia y determinar si el legislador abordó directamente la cuestión a debate y aportó una solución: si la respuesta es positiva, debe hacerse explícita la solución apoyada por el legislador y confrontarla con la disposición de carácter general del órgano regulador y sólo en caso de resultar contradictorias, debe declararse su invalidez, en el entendido de que el regulador no es un órgano subordinado jerárquicamente al Poder Legislativo, sino un órgano con competencias propias apto para configurar el ordenamiento jurídico con regulación propia; sin embargo, toda vez que debe ajustarse a los términos que establezcan las leyes, es claro que no puede contradecir la legislación. Por otra parte, si la respuesta es negativa, esto es, que la ley de la materia no otorgue una respuesta normativa sobre el punto en cuestión, debe reconocerse la validez de la disposición de carácter general impugnada, siempre y cuando sea una opción normativa inserta en el ámbito regulatorio asignado a su esfera de competencias en su carácter de órgano constitucional autónomo, siendo innecesario, por tanto, que a la regulación impugnada le sea precedida una ley, sin que lo anterior implique que el regulador esté habilitado para emitir la regulación que desee con cualquier contenido, libre de escrutinio constitucional, pues el artículo 28, párrafo décimo quinto, constitucional prevé claramente que su mandato, como órgano constitucional autónomo, "tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones". En consecuencia, la regulación del IFT debe proveer a la realización de dicho fin constitucional de una manera no arbitraria ni caprichosa, lo que deberá analizarse caso por caso, e igualmente, debe reconocerse que si el legislador discrepa con los juicios técnicos del IFT puede superarlos mediante la emisión de una nueva ley.

Controversia constitucional 117/2014. Congreso de la Unión por conducto de la Cámara de Senadores. 7 de mayo de 2015. Unanimidad de once votos de los Ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, en contra de las consideraciones del apartado XII, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, por razones distintas, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Juan N. Silva Meza, Eduardo Medina Mora I., Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Alberto Pérez Dayán y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi.

Nota: Esta tesis jurisprudencial se refiere a las razones aprobadas por ocho votos, contenidas en la sentencia dictada en la controversia constitucional 117/2014, publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 27 de noviembre de 2015 a las 11:15 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 24, Tomo I, página 382 y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 30 de noviembre de 2015. El Tribunal Pleno, el diecinueve de noviembre en curso, aprobó, con el número 49/2015 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a diecinueve de noviembre dos mil quince."

2) **Secreto Profesional**

En términos generales se considera que, el anteproyecto es violatorio de los artículos 5 y 16 constitucional debido a lo siguiente:

Por lo que, las autoridades no deben violar los derechos fundamentales en el curso de una investigación, diligencia o cualquier otro acto administrativo relacionado con el requerimiento de información, excepto lo señalado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

Derivado de lo anterior, podemos señalar que la información intercambiada entre el abogado y su cliente se considera como comunicaciones privadas. Por lo tanto, de conformidad con lo establecido por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos esta información deberá ser confidencial e inviolable.

A continuación de transcribe lo conducente del citado artículo 16 constitucional (énfasis añadido):

"…**Las comunicaciones privadas son inviolables.** La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacía 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.
Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando, además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. **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**.
Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.
Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio."

"En ese sentido, el principio de exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente juega en favor de la preservación del secreto profesional."[1]

Esto lo refuerza las siguientes tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Décima Época Núm. de Registro: 2016913
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito TESIS AISLADAS
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Materia(s): Tesis Aislada (Común)
Tesis: I.1o.A.E.228 A (10a.)

COMUNICACIONES ENTRE UN ABOGADO Y SU CLIENTE CON MOTIVO DE UN PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA. EFECTOS DE LA CONCESIÓN DEL AMPARO CUANDO SE CONCLUYA QUE LAS AUTORIDADES CORRESPONDIENTES SUSTRAJERON LA INFORMACIÓN RELATIVA SIN ADOPTAR CON INMEDIATEZ LAS MEDIDAS DE RESGUARDO NI ORDENAR SU EXCLUSIÓN DEL MATERIAL DE LA INVESTIGACIÓN.

La secrecía de las comunicaciones entre un abogado y su cliente constituye un factor esencial para que el primero pueda ejercer eficazmente su profesión, pues sin el conocimiento de las situaciones que afectan al segundo no podría brindarle la asesoría adecuada, y para el asesorado es indispensable tener la certeza de que su asesor no revelará la información que le ha proporcionado con ese fin. Correlativo de estos derechos fundamentales de los gobernados se encuentra el deber de la autoridad de abstenerse de interferir en esas comunicaciones y de sustraer la información que se encuentra protegida por el privilegio legal de la confidencialidad, lo que implicaría, además, la vulneración a los derechos de defensa y a la vida privada, establecidos en los artículos 6o., 14, párrafo segundo, 16, párrafo décimo segundo y 20, apartado B, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto, cuando en una sentencia de amparo se concluya que las autoridades de competencia económica no constriñeron su actuación al mandato contenido en los preceptos constitucionales mencionados, al haber sustraído la información entregada en una relación cliente-abogado en un procedimiento en la materia, sin adoptar con inmediatez las medidas de resguardo ni ordenar su exclusión del material de la investigación, la concesión de la protección de la Justicia Federal tendrá como efecto que eliminen el documento o la copia de éste y, en su caso, su reproducción electrónica, y se abstengan de acceder a su contenido y de utilizar la información plasmada

[1] Cruz Barney, Oscar. *El Secreto Profesional del Abogado en México*, México Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp.101.

en él, en el entendido de que si ya lo hubieran hecho, deberán dejar sin efectos las actuaciones derivadas de ello, pues la ilicitud de éstas afecta la validez de las basadas en ellas."

3) Conflicto de intereses

Independientemente de lo anterior (consideraciones de falta de facultades de la COFECE para regular sobre el tema del privilegio y comunicaciones entre abogado-cliente y cuestiones de constitucionalidad), en particular se considera que la conformación del "Comité Calificador" que se establece en el Anteproyecto pudiera presentar un conflicto de intereses dentro de las mismas funciones de la autoridad, debido a que de conformidad con lo que prevé el artículo 6 del Anteproyecto, los servidores públicos que resolverán sobre si la información presentada por un agente económico es susceptible de ser información protegida, pertenecen a una misma estructura jerárquica, por lo que la actuación imparcial y neutral en su encargo podría ser cuestionable.

> "Artículo 6. …Los integrantes deberán cumplir con:
> I. Ser parte de la Unidad Administrativa en donde radique el procedimiento en el que se actúa".

Además, reiteramos que de conformidad con el artículo 16 de la CPEUM "exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada". En este sentido, el otorgarle facultades al "Comité Calificador" para intervenir en cualquier información o comunicación privada abogado-cliente podría encuadrar en una violación a la Constitución.

***

Sin perjuicio de que podrían observarse otras cuestiones de fondo en cuanto al texto del Anteproyecto, consideramos de mayor relevancia concentrar nuestros comentarios en temas fundamentales, concernientes al alcance de las facultades constitucionales de la COFECE, los límites constitucionales previstos en cuanto a la intervención de comunicaciones y en concreto, a las que se dan entre el abogado y su cliente, y finalmente, al posible conflicto de interés del Comité Calificador al ser sus integrantes funcionarios propios de la Unidad Administrativa en donde se radique el procedimiento de investigación.

CC

En conclusión, consideramos que de no existir las reformas constitucionales y legales adecuadas y proporcionales que no desvirtúen el fundamento del privilegio abogado cliente, el cual se basa en brindar los elementos suficientes para que el particular tenga la confianza de acercarse a su asesor legal para recibir la asesoría necesaria para cumplir con la legislación. Este principio tiende a beneficiar un interés más alto, que es el beneficio social.

Y al respecto nos permitimos transcribir la siguiente cita del discurso del señor Roger Alford en el evento que sobre el tema organizó la COFECE con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM el 30 de mayo de 2018:

"The U.S. Supreme Court explained that the purpose of the attorney-client privilege "is to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and administrative of justice…." (Traducción: La Suprema Corte de los Estados Unidos explicó que el propósito del privilegio abogado cliente "es para fomentar una comunicación completa y franca entre los abogados y sus clientes y por tanto promover un interés público más amplio en el cumplimiento de la ley y la administración de justicia").

Sin más por el momento, agradecemos y reconocemos el gran desempeño de la Comisión en sus funciones de promoción de la competencia económica, siendo aquéllas de vital importancia y gran valor para los

gobernados y los practicantes. Por ello, es de especial interés de los asesores legales el que no se coarte la confianza y apertura en las comunicaciones con nuestros clientes para dar una adecuada asesoría con miras al debido cumplimiento de la ley.

Atentamente,

Cuesta Campos y Asociados, S.C.

CC