

**PARTICIPACIÓN DE AZIZ & KAYE ABOGADOS, S.C. (A&K) EN LA CONSULTA PÚBLICA DEL “ANTEPROYECTO DE LAS DISPOSICIONES REGULATORIAS 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).**

Con fundamento en los artículos 28, párrafo décimo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (**CPEUM**); 12, fracciones XVII y XXII, de la Ley Federal de Competencia Económica (**LFCE**); y 191, fracciones I y II de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica (**DRLFCE**), se abre un periodo de consulta pública por veinte días naturales contados a partir de la publicación del Anteproyecto, a efecto de que cualquier interesado presente opiniones a la Comisión Federal de Competencia Económica (**COFECE**) sobre el mismo.

Derivado de lo anterior, presentamos dentro del término otorgado para la participación nuestros comentarios buscando en todo momento tener una propuesta eficiente, buscando el funcionamiento de una política de competencia que considere integralmente a quienes intervienen en ella. Con la finalidad de entregar comentarios respecto del Anteproyecto se presentan dos rubros; en el primero se hacen manifestaciones al artículo o apartado en específico en los cuales A&K considera pertinente aportar su criterio, y un segundo rubro en el que se realizan manifestaciones de forma general al Anteproyecto de conformidad con las últimas modificaciones a la normativa de competencia económica y con la intención de aportar nuestra experiencia como practicantes.

<b>I. Comentarios, opiniones y aportaciones específicos del participante sobre el asunto en consulta pública.</b>	
Artículo o apartado.	Comentario, opiniones o aportaciones.
<b>Artículo 2.</b> En los procedimientos señalados en estas Disposiciones Regulatorias, la Comisión no considerará ni otorgará valor probatorio a aquella información en la que consten comunicaciones entre los Solicitantes y sus abogados cuando se acredite que dichas comunicaciones tienen como finalidad la obtención de asesoría legal. Los Solicitantes pueden	Respetuosamente, se señala a esa H. Comisión que las comunicaciones entre el cliente y su abogado, constituye una medida de protección que deriva de los derechos constitucionales a la intimidad, de defensa y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, previstos 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 (CPEUM). Motivo por el cual no es susceptible de regulación por parte de la Comisión.  Al tratarse de un derechos humanos, es improcedente que la Comisión pretenda que el gobernado esté obligado a acreditar que la comunicación entre el

<p>autorizar expresamente a la Comisión el uso de la información referida, lo que se hará constar por escrito.</p>	<p>cliente y su abogado es producto de una asesoría legal.</p> <p>Sirve de apoyo a lo anterior las siguientes tesis y jurisprudencias:</p> <p><b>SECRECÍA DE LAS COMUNICACIONES ENTRE UN ABOGADO Y SU CLIENTE. ES APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.</b></p> <p><b>COMPETENCIA ECONÓMICA. PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO CONTRA LA EXTRACCIÓN DE INFORMACIÓN O DOCUMENTACIÓN CLIENTE ABOGADO, REALIZADA EN LAS INSPECCIONES A CARGO DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA.</b></p> <p>En todo caso, en forma libre (tal vez en los casos del programa de inmunidad previsto en el artículo 103 de la Ley Federal de Competencia Económica), el gobernado podría autorizar a la Comisión el uso de la información, sin embargo, también se requerirá de la autorización del abogado que generó la asesoría y que intervino en la comunicación.</p>
<p><b>Artículo 4. (...) VII.</b> Acreditar que el asesor legal que brinda asesoría a que se refiere el artículo 2 de estas Disposiciones Regulatorias; se encuentra legalmente autorizado para ejercer la profesión de abogado o licenciado en Derecho, en términos de la legislación aplicable; y</p>	<p>Suponiendo sin conceder que la Comisión pudiese regular los derechos humanos que nos ocupan, en lo que respecta la redacción de dicho artículo la manifestación “estar legalmente autorizado para ejercer la profesión de abogado”, genera un grado de confusión ya que se desconoce el criterio o la ley aplicable con el cual la Comisión interpretaría esta disposición y así el Solicitante no tendría claro de qué forma podría acreditar que el asesor legal que le ha brindado la asesoría, se encuentra legalmente autorizado para ejercer la profesión de abogado o licenciado en Derecho.</p> <p>Se tiene que tomar en cuenta que, en la LFCE, en ninguna de sus disposiciones obliga la acreditación de la profesión de abogado o licenciado en Derecho para formar parte de alguno de los procedimientos establecidos en la misma. Por lo que lo anterior,</p>

	<p>implicaría que la Comisión se encuentra excediendo el ejercicio de las funciones otorgadas por la LFCE, ya que, si se entiende que “la legislación aplicable” es cualquier otra legislación y no la LFCE, el Solicitante y la Comisión deben de observar lo manifestado en otras disposiciones; lo que irremediamente rompe con el principio de legalidad y estaría actuando fuera de las atribuciones concedidas por la LFCE.</p> <p>Se considera que las Disposiciones Regulatorias no pueden ni deben exigirle al Solicitante o al asesor legal, más requisitos de los establecidos en la LFCE para que pueda estar legalmente autorizado para realizar una asesoría, sin embargo, consideramos que puede ser suficiente demostrar que existe una relación contractual de prestación de servicios profesionales entre el Solicitante y el asesor legal.</p>
<p><b>Artículo 5.</b> (...) En ese caso, el servidor público que haya tenido a la vista dicha información no podrá seguir interviniendo en la sustanciación del procedimiento respectivo.</p>	<p>Suponiendo sin conceder que la Comisión pudiese regular los derechos humanos que nos ocupan, se considera que es indispensable tener una manifestación que obre en autos que demuestre que el servidor público que tuvo a la vista la información no podrá seguir interviniendo en la sustanciación del procedimiento de investigación. Por lo que consideramos que es indispensable que se establezca la obligación de la Comisión de levantar un acta y hacerla del conocimiento del gobernado que dicho servidor público no podrá seguir interviniendo en la sustanciación del procedimiento.</p> <p>Lo anterior, con la finalidad de dar seguridad jurídica al gobernado respecto al acceso a la información protegida por los derechos humanos previstos en los artículos constitucionales citados.</p> <p>Por otro lado, la Comisión deberá garantizar que la información privilegiada, no deberá ser usada en forma alguna para la sustanciación del procedimiento de investigación y esta deberá ser devuelta al gobernado sin demora alguna.</p>
<p><b>Artículo 7.</b> (...), se tomarán las medidas de resguardo y protección de la información necesarias, dependiendo de</p>	<p>Suponiendo sin conceder que la Comisión pudiese regular los derechos humanos que nos ocupan, de conformidad con el contenido del artículo las <b>medidas de resguardo</b> son el embalaje de la información y el resguardo por servidores públicos</p>

Con formato: Derecha: 0 cm, Espacio Después: 0 pto

<p>las características de la información (...).</p> <p>Entre las medidas de resguardo que podrán tomarse estarán el embalaje de la información, su resguardo por servidores públicos ajenos a la investigación, entre otras.</p>	<p>ajenos a la investigación. Sin embargo, dicho artículo es omiso en cuanto a las <b>medidas de protección</b> de la información. Por lo que consideramos que la comisión no debe ser omisa y dar espacio a la arbitrariedad.</p> <p>De igual forma, cabe señalar que el artículo no es claro al señalar que dependiendo de las características de la información se tomarán las <b>medidas pertinentes</b>, lo que permite preguntar ¿cuáles son las características que puede tener la información? ya que contestando dicha interrogante el gobernado podría claramente especificarlo dentro de la solicitud para que se tomen las medidas que el mismo señale respecto de la información que está considerando sea protegida. Lo anterior implica claramente una discrecionalidad de COFECE para poder determinar cuáles serían las “medidas pertinentes”, la cual afecta directamente los intereses tanto del gobernado como del abogado, ya que dicho acto de autoridad no estaría debidamente fundamentado.</p> <p>En caso de que el artículo o los Criterios Técnicos sean omisos en dicha especificación se dejaría al Solicitante en incertidumbre jurídica ya que no determinaría específicamente cuáles son las características de la información y se estaría al criterio que COFECE pueda tomar de la misma.</p> <p>De conformidad con lo manifestado anteriormente cabe señalar que la discrecionalidad con la que pretende actuar la Comisión genera una incertidumbre para el gobernado y el abogado así como una grave violación a los derechos humanos referidos en los comentarios al artículo 2 y en el comentario general <b>A</b>.</p> <p>Aunado a lo anterior, se considera que lo contenido en los Criterios Técnicos del Anteproyecto otorgan competencias que implican que la Comisión puede hacer uso discrecional de manera que las determinaciones, en este caso de las características de la información y de las medidas que deban tomarse para su protección; dan lugar a cuestionamientos de constitucionalidad en lo que respecta al tema de derechos humanos lo que</p>
--	--

	<p>implicaría una la violación directa a los principios de razonabilidad y proporcionalidad ya que no está determinado el parámetro para que la autoridad pueda realizar un juicio transparente respecto de su calificación de la información. Si bien es cierto que no se pretende generar sobrerregulación encaminada a detallar cada una de las características que debe de tener la información para que COFECE la califique como sujeta a protección, la elección de estos elementos no regulados del acto administrativo, según un criterio subjetivo, es solamente aceptable en tanto no se vulnere derecho humano alguno; por lo que a todas luces la atribución/acción pasiva de la Comisión de determinar qué tipo de información es la presentada para que con base en eso pueda establecer la medida de protección “correspondiente”, es una violación directa a los derechos humanos de protección a la información, derecho a la intimidad y derecho a la privacidad de las comunicaciones privadas y sobre todo a las comunicaciones del acusado con su defensor.</p>
<p><b>Artículo 8.</b> (...) El incumplimiento de esta disposición se sancionará en términos de lo señalado en el último párrafo del artículo 55 del Estatuto.</p>	<p>Suponiendo sin conceder que la Comisión pudiese regular los derechos humanos que nos ocupan, si bien es cierto que el artículo 55 del estatuto en su segundo párrafo manifiesta que en caso de incumplimiento se sancionará en los términos de la legislación administrativa aplicable y sin perjuicio de la responsabilidad penal, civil o patrimonial en la que incurra por la divulgación de la información o documentación. Puede considerarse que dicha obligación del servidor público a guardar secrecía debe de constar en un documento que le sea entregado al gobernado de forma que sea un instrumento en el cual la obligación de los servidores públicos sea latente y que en ese mismo documento sean referidas las posibles sanciones de conformidad con el artículo 55 del Estatuto así como las posibles sanciones penales, administrativas, civiles y patrimoniales, es decir que se trata de un tema de salvaguardas. Lo anterior puede constar en la resolución que se emita del procedimiento señalando a los servidores públicos obligados a cumplirlo. Inclusive podría considerarse como en incumplimiento a la LFCE y los reglamentos que COFECE emite y por lo tanto un tema para revisar del Órgano Interno de Control.</p>

	<p>Es claro que la responsabilidad directa y objetiva es de la Comisión al ser la entidad que cuenta con las atribuciones en materia de competencia económica y en consecuencia subsanar los procedimientos administrativos que correspondan, la responsabilidad patrimonial de la Comisión respecto a los daños que pueda causar en el mal ejercicio de sus atribuciones puede implicar una limitación en el caso de que los servidores públicos dejen de serlo en su momento y no exista obligación alguna para seguir guardando la protección de la información privilegiada. Es por esto que debe existir una obligación por un plazo determinado, para que aquellas personas físicas que fungieron como servidores públicos cuando se subsanaba el procedimiento y dejen de ser servidores públicos en la Comisión, tengan la obligación, dada la naturaleza de la información, a pesar de haber salido de su cargo.</p>
<p><b>Artículo 10. (...).</b></p>	<p>Suponiendo sin conceder que la Comisión pudiese regular los derechos humanos que nos ocupan, se sugiere adicionar un inciso: <b>g. Manifestación expresa de los servidores públicos que intervinieron de que no usarán la información.</b></p> <p>De conformidad con lo señalado en el numeral anterior, se considera importante que exista un documento (acta de comparecencia) en la que se encuentre la manifestación expresa de los servidores públicos que intervinieron, conocieron, manipularon y/o analizaron la información de que guardarán la secrecía de la información y que en ese mismo documento se señalen las penas en las que puede incurrir el mismo en caso de incumplir el cumplimiento de dicha obligación.</p> <p>Inclusive podría considerarse como desacato a los reglamentos que COFECE emite y por lo tanto un tema para revisar del Órgano Interno de Control. No está de más el reiteramiento a los servidores públicos.</p>
<p><b>Artículo 11. (...).</b></p>	<p>Suponiendo sin conceder que la Comisión pudiese regular los derechos humanos que nos ocupan, el presente artículo contiene el procedimiento que debe de existir en caso de que existan visitas de verificación y haya información que el agente económico considere que debe de ser protegida, sin</p>

	<p>embargo cabe señalar que dicho procedimiento no debe implicar carga administrativa y/o económica extra al agente y/o a sus abogados al momento de la visita de verificación al tener que realizar una solicitud de conformidad con los Criterios Técnicos contenidos en el Anteproyecto.</p> <p>Adicional a lo comentado en el presente apartado, favor de referirse a los comentarios generales <b>A.</b>, <b>B.</b> y <b>C.</b> los cuales están relacionados y robustecen lo manifestado.</p>
<p><b>Artículo 11. (...)</b> II. Se le informará al visitado que deberá presentar la Solicitud de Calificación dentro del <u>plazo de veinte días</u> siguientes a la fecha en que concluya la diligencia y se hubiere levantada el acta de visita, el cual podrá ser <u>ampliado por única ocasión</u> por un término igual, en casos debidamente justificados.</p>	<p>Suponiendo sin conceder que la Comisión pudiese regular los derechos humanos que nos ocupan, se considera que la limitación de ampliar el plazo de veinte días solo por una ocasión implica una carga procesal indebida para el agente económico, dado que se limita el ejercicio de un derechos humanos, siendo el caso que la Comisión no debe pasar por alto que es dicha autoridad la obligada al respeto de los derechos humanos y quien debe generar las mejores condiciones para que no violar dichos derechos humanos.</p> <p>Debemos de tener en cuenta que esto no causaría ninguna desventaja procesal ni haría más lento el procedimiento principal, debido que de conformidad con lo manifestado en las presentes Disposiciones el procedimiento de calificación de la información no interrumpe los plazos de los procedimientos principales de los que surge dicha información, es por eso que no habría desventajas con la posibilidad de ampliar el término por dos o tres ocasiones.</p>
<p><b>Artículo 14. (...)</b></p> <p>II. Si se trata de un archivo electrónico obtenido mediante una visita de verificación, el Comité Calificador ordenará la exclusión de dicho archivo, lo cual se hará constar en un acta.</p>	<p>Suponiendo sin conceder que la Comisión pudiese regular los derechos humanos que nos ocupan, se sugiere adicionar una fracción: <b>III. Una vez terminado el procedimiento y emitiendo la resolución correspondiente, la misma contendrá lo contenido en el artículo 9 fracción V de los Criterios Técnicos, así como la firma autógrafa de los servidores públicos y su manifestación expresa de la obligación de secrecía de la información a los que están sujetos.</b></p> <p>De conformidad con la fracción II. Consideramos que se debe de explicar cuál sería el procedimiento de exclusión del archivo correspondiente a efectos de</p>

	<p>brindarle al gobernado la certidumbre de que en realidad sí se ha realizado una eliminación total del mismo y que no podrá replicarse y que de no ser así no se podría estar seguro de que realmente se haya eliminado ni que la COFECE no pueda usarlo en asuntos posteriores. La presente propuesta va encaminada a que el Comité Calificador a través de una cadena de custodia asegure que la exclusión de la información o archivos se hagan en su totalidad, cadena que deberá ser incorporada al acta respectiva.</p> <p>Conforme a lo señalado anteriormente en nuestros comentarios consideramos como una salvaguarda tanto del solicitante como de los servidores públicos que exista una manifestación expresa de la obligación de secrecía que tienen para con el gobernado y su abogado respecto de la información contenida en la misma solicitud y considerada como protegida por el Comité Calificador.</p>
--	--

**II. Comentarios, opiniones y aportaciones generales del participante sobre el asunto en consulta pública**

**Comentario general.**

Se indica a esa H. Comisión que derivado de que anteriormente hemos participado en la Consulta Pública sobre el "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" notamos que el texto del presente Anteproyecto es prácticamente igual y que solo ha cambiado la naturaleza del mismo, ya que anteriormente eran Criterios Técnicos y ahora son Disposiciones Regulatorias, por lo que de conformidad con la LFCE, no es claro qué diferencia tienen los mismos, es decir, cuál es su naturaleza y su obligatoriedad u observancia en los procedimientos.

**A. Secreto profesional como derecho humano.**

El privilegio de la secrecía de las comunicaciones entre un abogado y su cliente cuando éste enfrenta un procedimiento que lo esté juzgado, constituye una medida que busca proteger el derecho humano a la intimidad, de defensa y la inviolabilidad de las comunicaciones, los cuales están previstos en el artículo 6°, 14, párrafo segundo, 16, párrafo décimo segundo y 20, apartado B, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (**CPEUM**). Lo anterior también implica la obligación del abogado a preservar la confidencialidad de la información y de aquellos documentos que el cliente le haga llegar para estar en condiciones de producir una defensa, en consecuencia el abogado está exento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades hechos,



documentos y/o cualquier manifestación que pudieran estar relacionados con la comisión de algún supuesto que busque sancionar la ley aplicable.

Ahora bien, los derechos humanos referidos con anterioridad son irrenunciables y derivados de su jerarquía constitucional no existe ningún organismo, ente o agencia de ningún nivel de gobierno que pueda regularlos y así limitarlos, como lo pretende hacer la Comisión.

De conformidad con el criterio del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el que sostiene que, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado en los enjuiciamientos del orden penal, guarda una relación de similitud con los procedimientos administrativos de responsabilidad lo que implica que en la interpretación constitucional de los preceptos mencionados anteriormente son aplicables de forma paralela a los principios del derecho administrativo sancionador ya que los principios penales sustantivos pueden trasladarse en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. En consecuencia, a los procedimientos administrativos de responsabilidad en materia de competencia económica le son aplicables, los derechos al **debido proceso**, a la **no autoincriminación**, la **asistencia de un profesional en defensa particular**, al **privilegio cliente abogado** y al **secreto profesional**.

En lo que respecta al derecho humano al privilegio cliente abogado y secreto profesional y la protección de los mismos en favor de los Agentes Económicos sometidos a procedimientos de índole administrativa sancionadora, el mismo consiste en una puntual confidencialidad de las comunicaciones entre defensor y defendido, dado que el primero requiere toda aquella información y/o documentación, y el segundo, de la confianza de no quedar expuesto por proporcionarla, en el sentido de que este privilegio no opera cuando existan indicios que puedan implicar al abogado ya no como defensor, sino como copartícipe de un ilícito.

En lo que respecta a la atribución que COFECE se está autoimponiendo a pesar de no ser un experto en temas de índole constitucional ni de protección de la información, se manifiesta que los presentes Criterios Técnicos puestos a Consulta Pública implican y pueden representar una forma de regulación en lo que respecta a la materia de derechos humanos y en particular a lo relacionado con la protección de la intimidad de las comunicaciones, el derecho de defensa y de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas protegidas constitucionalmente. De conformidad con el artículo 28 constitucional la COFECE no cuenta con dichas atribuciones y que en todo caso COFECE estaría realizando actos de autoridad que violan claramente el artículo 1° Constitucional ya que está dejando de cumplir con su obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Si bien es cierto que con las manifestaciones anteriores se demuestra claramente que el derecho a la intimidad y el respeto a las conversaciones privadas es un derecho humano, los mismos son colaterales de obligaciones éticas y profesionales de aquellas personas en el ejercicio de su profesión. De acuerdo

con el artículo 36 de la Ley Reglamentaria del artículo 5° constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en la Ciudad de México todo profesionista estará obligado a **guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confíen por sus clientes**, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas. Por lo que el mismo abogado podría incurrir en un incumplimiento a las normas establecidas así como al acuerdo de confidencialidad respectivo.

Finalmente de conformidad con el artículo 210, 211 y 211 Bis del Código Penal Federal se sancionará al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto; cuando haya una revelación hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial; y a quien revele, divulgue o utilice indebidamente o en perjuicio de otro, información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada, respectivamente.

En conclusión, la intención de COFECE por regular dicho derecho humano va más allá de sus atribuciones, lo cual puede generar más afectaciones que beneficios tanto al Solicitante como al abogado.

#### **B. Legitimación del Solicitante**

El artículo 2 de los Criterios Técnicos contenidos en el Anteproyecto manifiesta que *“la Comisión no considerará ni otorgará valor probatorio a aquella información en la que consten comunicaciones **entre los Solicitantes y sus abogados** cuando se acredite que dichas comunicaciones tienen como finalidad la obtención de asesoría legal externa.”* Lo que a nuestro entender implica que los solicitantes solamente son aquellos Agentes Económicos que están siendo investigados o se encuentran en algún procedimiento en donde la Secretaría Técnica les requiere información; sin embargo, consideramos que debería de tener el carácter de Solicitante de igual forma los abogados externos a los que se refiere el mismo artículo.

Lo anterior podemos afirmarlo de conformidad con la legitimidad que puede tener el abogado respecto a la información que esté en posesión de COFECE en el sentido de que se debe de buscar proteger no únicamente cuando se invoque la existencia de un derecho subjetivo conferido por las normas del ordenamiento jurídico, sino también cuando su esfera jurídica se vea afectada sin que sea titular de un derecho de esa naturaleza, sino que cuente con interés legítimo.

Lo anterior en el sentido de que la comunicación que se realiza además de ser confidencial y/o estratégica para el Agente económico referido, también puede resultar con ese carácter para el abogado y el mismo de acuerdo a la narración del artículo y en general de lo contenido en los Criterios Técnicos no cabe la posibilidad de que el Solicitante sea un abogado externo.

Se entiende que la información que se busca proteger es aquella consistente en comunicaciones que tienen como finalidad la obtención de asesoría legal, lo cual naturalmente implica proteger la información otorgada al prestador de los

servicios jurídicos para que no sea usada por la COFECE en caso de cumplir con las características. Aunado a esto, se considera que el abogado genera un documento en el que plasma sus conocimientos profesionales y que por lo tanto él también debería de poder realizar la solicitud de protección de la información confidencial.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 4, fracción VII, de los Criterios Técnicos, uno de los requisitos que debe contener la solicitud es la *acreditación de carácter de abogado externo en términos de la legislación aplicable* lo cual no queda del todo claro y que resultaría un hecho notorio que la documentación en comento refiera quiénes han realizado el documento y que bastaría con manifestar bajo protesta de decir verdad que dicho documento es elaborado por una determinada persona cuya práctica profesional sea la prestación de servicios en materia legal. De igual forma, se comenta a la COFECE que para que exista una relación abogado-cliente, una de las partes debe ser un profesional en materia legal, lo que se puede acreditar con una copia certificada de la escritura pública en la que conste el objeto social de dicha persona. Y en que en caso de que no se trate de una persona moral aquel prestador de servicios, y sea una persona física, la misma relación abogado-cliente se acredita con el mismo documento el cual resulta de la relación en comento y el contenido del documento determina la existencia de una relación abogado-cliente. Consideramos útil poner en consideración a COFECE aquel contenido o especificaciones que permitirían detectar en el mismo documento la existencia de una relación abogado-cliente: i) las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan de acuerdo a la investigación o procedimiento en curso, ii) recomendaciones contenidas en el documento, iii) resultados en caso de auditorías, y iv) conocimientos técnicos del autor como profesional en el derecho.

### **C. No autoincriminación**

El artículo 20, apartado A, fracción II, de la CPEUM establece la garantía que tiene el inculpado o procesado a no declarar en su contra, lo cual implica la libertad de aquél para declarar o no, sin que su negativa u omisión ya sea oral o escrita infiera su culpabilidad. Como se ha manifestado anteriormente la naturaleza de los procedimientos administrativos sancionadores se rigen por los principios del derecho penal lo que implica que dicha garantía debe de ser prevista por COFECE, ya que al obligar que el Solicitante y su abogado presenten información protegida por un privilegio profesional y protegido por una garantía constitucional se estaría violentando directamente su derecho a la no autoincriminación. En todo caso, y con la finalidad de que la información que ya posee COFECE sea protegida, debería de existir la posibilidad de que el Solicitante o el abogado presenten ante COFECE una certificación del documento en comento que contenga la misma información testada o en una versión confidencial, misma que firmada bajo protesta de decir verdad haría las veces de la información solicitada por COFECE en la fracción I, del artículo 12 de los Criterios Técnicos del Anteproyecto.

Asimismo, de conformidad con la naturaleza de la información requerida COFECE no debería de obligar ni sancionar al agente que no entregue la información

generada de la prestación de servicios, ya que estaría incurriendo en violación a los derechos humanos referidos en los comentarios generales **A.** y **B.**

#### **D. Digitalización del procedimiento.**

Dentro de las manifestaciones que hemos realizado anteriormente, consideramos que puede ser eficiente digitalizar el presente procedimiento, ya que implicaría un beneficio procesal tanto para el Solicitante como para la COFECE. Con la finalidad de aportar nuestra opinión y que la misma sea viable tanto jurídica como económicamente, proponemos que se inicie implementando la presentación de la Solicitud y promociones por ambas vías (medios electrónicos y tradicional) para así fomentar el uso del presente procedimiento.

#### **E. Privilegio abogado-cliente a nivel internacional.**

Consideramos que resulta importante resaltar algunos puntos en el ámbito internacional con la finalidad de que COFECE pueda tener un conocimiento más amplio de la implicación de la información y sentido que tiene el privilegio cliente-abogado en otras jurisdicciones y por otras autoridades de competencia económica.

##### Estados Unidos de América.

La protección de aquella comunicación existente entre un abogado y su cliente es considerada como un elemento esencial para procurar la existencia de una defensa adecuada y que implica que el cliente podrá tener una comunicación franca respecto un determinado asunto. Para que el abogado pueda brindar una asesoría que busque proteger jurídicamente a su cliente debe de conocer todos aquellos detalles que le permitan defenderlo y que sin la existencia de este privilegio los clientes estarían expuestos con los abogados y por lo tanto ante la misma autoridad. En pocas palabras el privilegio cliente-abogado es el privilegio legal que mantiene las comunicaciones en secreto entre un abogado y su cliente.

El privilegio tiene ciertos elementos que deben existir para considerar que la información debe de ser genuinamente protegida, los cuales son i) que la persona que requiera de la protección sea un cliente y, ii) que la comunicación sea con un abogado "autorizado". En este caso, los abogados pueden incluir en dicha comunicación a un *in-house counsel*, abogados del gobierno, abogados privados, y aquellas personas que han contratado para asistirle como expertos, pasantes o asociados, y el equipo de apoyo.

Particularmente en Estados Unidos existen restricciones en cuando a la información que pueda ser sujeta del privilegio en comento, por ejemplo cuando el abogado brinde a su cliente una opinión de carácter comercial, la misma no estará protegida por el privilegio abogado-cliente. Otras de las conversaciones

que no están protegidas son las que tratan sobre consejos para la comisión o participación en crímenes, incluyendo en este caso aquellas conductas anticompetitivas sancionadas por las leyes de competencia<sup>1</sup>.

En lo que respecta al privilegio cliente-abogado en la implementación de la política de competencia, se debe de tener presente que existen dos tipos de procedimientos, aquellos relacionados a las concentraciones y los que implican la investigación que buscan sancionar la comisión de conductas anticompetitivas, ya que dependiendo el caso la autoridad correspondiente colaborará con sus homólogas internacionalmente para poder intercambiar la información necesaria para sustanciar determinado procedimiento. En el caso de las concentraciones, la División de Competencia Económica del Departamento de Justicia, no comparte información privilegiada por la ley Americana con ninguna autoridad extranjera. Inclusive invitan a los Agentes Económicos a ser parte del modelo de renuncia de confidencialidad para que puedan identificar claramente cualquier material que esté privilegiado bajo la ley de Estados Unidos que ha sido proporcionada por aquellas autoridades extranjeras. En el caso de que efectivamente el Agente Económico señale alguna información como privilegiada, y que la División de Competencia Económica no haya tenido conocimiento de la misma, se considerará como presentada inadvertidamente a ellos en primera instancia. Lo que implica que dicha información será “eliminada” y no se utilizará hasta que sea resuelta la solicitud de protección de la información.<sup>2</sup>

#### Unión Europea.

En la Unión Europea el privilegio cliente-abogado solo protege comunicaciones escritas intercambiadas entre una empresa y un abogado independiente (un abogado registrado ante la Barra Europea del Sector Económica), el cual no debe estar unido al cliente por una relación de empleado (el cual sería entonces un abogado externo). Así bien, aplica para aquellas comunicaciones entre ellos y a las notas internas que circulen con la empresa que contengan asesoría jurídica dada por el abogado externo.

Adicionalmente, las comunicaciones deben ser producidas con el objetivo y el interés de ejercer el derecho de defensa y debe de tener una relación potencial respecto el asunto regulado en las normas de competencia contenidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El privilegio no extiende su protección a documentos preexistentes (i. e. comunicaciones internas entre empleados sobre cuestiones comerciales o de negocios, notas de reuniones comerciales o de negocios, documentos comerciales o de negocios).

La asesoría legal por parte de un asesor interno no está protegida en la Unión Europea, pero existen algunas excepciones. En Irlanda y en Reino Unido, se encuentran protegidas de igual forma ya que el asesor interno es considerado para ser suficientemente independiente. En el caso de Polonia, Portugal y los

<sup>1</sup> <https://www.justice.gov/oip/blog/foia-update-oip-guidance-attorney-client-privilege>

<sup>2</sup> <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1066916/download>

Países Bajos la protección de las comunicaciones de un asesor interno solo se realizará si este fue admitido por la Barra.

Vale la pena señalar aquella protección que reciben los documentos creados por el abogado con el fin de proporcionar su asesoría. Algunos países miembros extienden la protección a i) correspondencia que no haya sido generada con el propósito e interés del derecho de defensa del cliente (Irlanda y Reino Unido), ii) comunicaciones con abogados que radique fuera de la Unión Europea (Países Bajos y Reino Unido), y iii) comunicaciones orales (Lituania, Malta y Portugal). Por otro lado, existen países que no reconocen el privilegio cliente-abogado en determinadas circunstancias, por ejemplo Alemania en el caso de documentos de una auditoría o investigación interna en posesión de la empresa investigada, y Estonia en el caso de investigaciones nacionales de competencia económica.

Algunas recomendaciones que podemos rescatar de lo anterior y que COFECE puede considerar como un área de oportunidad y contemplarlo en los Criterios Técnicos es el relacionado con el incremento o determinación de la protección de la comunicación y asesoría por parte de los abogados internos, ya que no se contempla una distinción o exclusión pero podría salvaguardar la actuación de los mismos dentro de los procedimientos que llegaran a existir ante COFECE<sup>3</sup>. Adicional a lo anterior, y de acuerdo a la realidad profesional en cualquier sector los medios de comunicación han ido evolucionando y las comunicaciones con ellos, lo que debe de ser relevante para la COFECE con la intención de proteger aquella información y comunicaciones que deriven de la asesoría jurídica la observancia de aquellas comunicaciones a través de medios electrónicos y digitales mediante los cuales puede intercambiarse información sujeta a protección y que la COFECE pueda allegarse a través de las visitas de verificación, en particular correos electrónicos y chats.

#### Otras jurisdicciones.

En el caso de Hungría existen tres condiciones que debe de tener el documento que busque ser protegido por el privilegio cliente-abogado, las cuales son i) el documento debe de ser preparado con la finalidad de defender al cliente en un procedimiento ante una autoridad pública, ii) el documento debe de ser preparado durante o con el objetivo de la comunicación entre el abogado contratado para dar asesoría y su cliente, y iii) el documento debe de estar en posesión del cliente.

---

<sup>3</sup> <https://www.lw.com/admin/Upload/Documents/Global%20Pro%20Bono%20Survey/pro-bono-in-the-European-union.pdf>