

Esta Unidad de Competitividad y Competencia (“UCC”), con fundamento en el artículo 16 fracciones IV y VII del Reglamento Interior de la Secretaría de Economía, con pleno respeto a la autonomía constitucional de esa Honorable Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE”) y partiendo de la buena fe en la discusión y formulación de las políticas públicas e instrumentos legales para la aplicación de la política de competencia, realiza el siguiente análisis para abonar a la consulta pública sobre el “ANTEPROYECTO DE MODIFICACIÓN A LOS CRITERIOS TÉCNICOS DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA PARA LA SOLICITUD Y EMISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES, ASÍ COMO PARA LA FIJACIÓN DE CAUCIONES.” (“Anteproyecto”).

I. Síntesis del contenido del Anteproyecto

El Anteproyecto reestructura el procedimiento de otorgamiento de medidas cautelares, especifica funciones del Secretario Técnico y delimita atribuciones de la Autoridad Investigadora, además de establecer la oportunidad al agente económico de ofrecer medios alternativos a la medida cautelar solicitada.

El Anteproyecto de mérito encuentra su punto central en la figura de las medidas cautelares contempladas en el artículo 12 fracción IX con su correlativo en el artículo 135 fracción I de la Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”), cuestión por la cual esta UCC centrará su aportación y análisis en dicha figura jurídica y sobre la idoneidad de la redacción presentada a consulta pública.

II. Consideraciones doctrinales preliminares

Las medidas cautelares son definidas por la doctrina jurídica como:

“[La] decisión administrativa de carácter provisional, excepcional e instrumental, que se adopta en el seno de un procedimiento sancionador, o con carácter previo al mismo, con las debidas garantías y limitaciones, ya sea para poner fin a los efectos perjudiciales de la conducta infractora, ya sea para proteger el interés general perturbado por la infracción, ya sea, en fin, para asegurar - en sentido amplio - la eficacia de la resolución que pueda recaer.”¹ (Énfasis añadido)

En el ámbito interamericano de derechos humanos, del cual México es parte, las medidas cautelares han sido definidas como:

“Las medidas cautelares, provisionales, asegurativas, pre-cautelarias o bien conservativas, son la expresión concreta de un principio general de derecho procesal que ordena garantizar el

¹ “Las medidas provisionales en el procedimiento sancionador”, Ferran Pons Cánovas, Marcial Pons, p. 25-27.

*equilibrio de las partes en todo litigio y permite que la jurisdicción realice, en la práctica, las consecuencias de la responsabilidad sujeta al contradictorio*² (Énfasis añadido)

Lo cual a su vez, superando la distinción entre medidas cautelares y provisionales que existe en el sistema interamericano (que radica en el fundamento y sujeto normativo de cada uno), se reconoce el doble carácter de las medidas (cautelar por uno y tutelar por otro):

*“La Corte Interamericana ha reconocido que las medidas provisionales dictadas en el marco del derecho internacional de los derechos humanos tienen un doble carácter. **Por un lado poseen un carácter cautelar**, que tiene por objeto asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo a través del resguardo del procedimiento hasta la emisión de una decisión final, **y por otro lado un carácter tutelar, puesto que busca la preservación efectiva de los derechos fundamentales en riesgo para evitar daños irreparables a las personas.** [...]”*

*El otorgamiento de medidas provisionales por parte de la Corte Interamericana, por su propio objeto y naturaleza jurídica, constituye siempre una protección preventiva; **no determina una sentencia provisoria, y a través de ellas tampoco se prejuzga sobre los méritos de una petición o un caso sobre el fondo** sometido ante el sistema interamericano. Tampoco su adopción determina por sí misma el inicio del proceso, pues es posible que existan medidas sin que se presente un caso ante la Corte”.*³ (Énfasis añadido)

En efecto, como se desprende de las definiciones aludidas, las medidas cautelares son aquellas decisiones de la autoridad pública competente cuyo objeto es preservar la materia del procedimiento de mérito, o bien, inhibir la generación de una afectación a los intereses de terceros o de la sociedad y el Estado, las cuales pueden tener un efecto tutelar de los derechos o uno cautelar o de conservación de la materia de la resolución.

A su vez, las medidas cautelares revisten de las características de:⁴

- 1) **Instrumentalidad:** la decisión adoptada servirá de instrumento de la resolución definitiva nacida de una previsión, y a la espera de una resolución final sin que necesariamente guarde equivalencia con la pretensión principal de la autoridad administrativa;
- 2) **Provisionalidad:** carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues estas desaparecerán y perderán su eficacia cuando los presupuestos fácticos que la originaron dejen de existir, y en todo caso, cuando finalice el procedimiento sancionador administrativo principal.

² “Las medidas cautelares y provisionales de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos Función y Alcances”. Marcos Del Rosario Rodríguez, página 3. Disponible en: http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r22_trabajo-2.pdf

³ Diccionario de Derecho Procesal y Convencional. Corte Interamericana de Derechos Humanos (medidas provisionales). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Página 274

⁴ “Medidas Cautelares”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam. Páginas 228-233. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3370/14.pdf>

- 3) **Urgencia:** su adopción resulta inmediata ante la conducta omisiva de las personas a cumplir con las normas de orden público o por las actividades inherentes que pueden ocasionar un daño y perjuicio irremediable a los derechos fundamentales tutelados de terceros. Acotando que únicamente pueden ser considerados daños irreparables aquellos que no pueden ser reparados por ninguna decisión ulterior;
- 4) **Variabilidad:** referida a que de acuerdo a las exigencias particulares de cada caso, la medida debe ser valorada. Sea para la determinación ex ante de la medida, como en su modificación y adecuación ex post conforme vayan cambiando las circunstancias que la motivaron;
- 5) **Homogeneidad:** las medidas que anticipen en parte o provisionalmente los efectos de la resolución definitiva responden a la función de asegurar la efectividad de la última, haciendo énfasis que la doctrina rechaza que en este momento se haga una valoración legal del acto o la norma en cuestión, pues dicha posibilidad es contraria a la naturaleza de las medidas cautelares, es decir, sólo debe evaluarse la credibilidad de la invocación del derecho que formule el solicitante o del grupo vulnerable tutelado, mas no prejuzgar sobre el fondo del asunto;
- 6) **Proporcionalidad:** principio constitucional, por la cual la medida cautelar debe mantener una relación racional y proporción a las circunstancias que la motiven y a la gravedad de la presunta conducta con respecto a los valores jurídicos tutelados que estén en colisión.

III. Marco normativo de referencia

Las medidas cautelares en materia de competencia económica están contempladas a nivel legal en el artículo 135 y 136 de la Ley Federal de Competencia Económica:

Artículo 135. En cualquier momento, la Autoridad Investigadora podrá solicitar al Pleno la emisión de las medidas cautelares relacionadas con la materia de la denuncia o investigación que considere necesarias para evitar un daño de difícil reparación o asegurar la eficacia del resultado de la investigación y resolución del procedimiento. Dicha facultad incluye, pero no se limita a:

I. Órdenes de suspensión de los actos constitutivos de las probables conductas prohibidas por esta Ley;

II. Órdenes de hacer o no hacer cualquier conducta relacionada con la materia de la denuncia o investigación;

III. Procurar la conservación de la información y documentación, y

IV. Las demás que se consideren necesarias o convenientes.

Artículo 136. Contra las medidas cautelares previstas en el artículo anterior, el Agente Económico podrá solicitar al Pleno que, mediante el procedimiento expedito que se establezca en las Disposiciones Regulatorias, le fije caución a fin de levantar dichas medidas.

La caución deberá de ser bastante para reparar el daño que se pudiera causar al proceso de libre competencia y competencia económica si no obtiene resolución favorable. La Comisión emitirá los criterios técnicos respectivos para la determinación de las cauciones.

La suspensión que dicte la Comisión no prejuzga respecto del fondo del asunto y cesará al concluir el plazo fijado por el Pleno o en la fecha en que se emita la resolución definitiva. (Énfasis añadido)

Es importante destacar que las medidas cautelares que están contempladas en la LFCE cumplen con las características que establece la doctrina, y replican que su otorgamiento no prejuzga respecto al fondo del asunto en cuestión.

Al ser materia del presente análisis, es importante interpretar de manera sistemática los artículos 135 y 136 antecitados para desprender las siguientes conclusiones:

- 1) Las medidas cautelares, incluyendo las de suspensión de actos contrarios a la LFCE, pueden ser solicitadas por la Autoridad Investigadora “en cualquier momento”, otorgando de manera expresa y preclara dicha facultad a la Autoridad Investigadora sin distinguir etapas procedimentales en las cuales puede solicitarlas.
- 2) Dentro del catálogo enunciativo de medidas cautelares, la fracción I del artículo 135 contempla la orden de suspender los actos constitutivos de las probables conductas prohibidas por la LFCE, lo cual a la luz del último párrafo del artículo 136 resulta que dicha medida no prejuzga respecto al fondo del asunto, y cesará al concluir el plazo fijado por el Pleno o en la fecha de resolución definitiva (en concordancia con la doctrina).
- 3) La LFCE no establece excepción a la regla general de que la Autoridad Investigadora solicite en cualquier momento medidas cautelares, ni prevé que instrumentos normativos inferiores en jerarquía las establezcan.
- 4) La LFCE no refiere explícitamente en qué etapa (investigación, procedimiento seguido en forma de juicio, integración final del expediente y resolución ante el Pleno) el agente económico puede solicitar el levantamiento de la medida cautelar. Lo anterior se entiende porque la vía de resolución de dicha petición es mediante la vía incidental, sin importar la etapa del procedimiento principal, al ser las medidas cautelares una herramienta accesoria y subsidiaria dependiente del expediente principal. Razones por las cuales la propia LFCE dispone un procedimiento expedito distinto de naturaleza accesoria y relativa a las medidas cautelares únicamente.

Finalmente, cabe destacar que a nivel constitucional rigen, de manera preponderante, los artículos 1, 14, 16 y 28 para los efectos del análisis conducente.

IV. Análisis, conclusiones y recomendación

El artículo 5 del Anteproyecto es la parte fundamental de las modificaciones propuestas y que se analiza, por lo cual se transcribe:

Artículo 5. La Medida Cautelar que consista en una orden de suspensión de los actos o hechos constitutivos de las probables conductas prohibidas por la Ley de conformidad con lo que establece el artículo 12, fracción IX de

la Ley, sólo podrá ser solicitada después del emplazamiento al probable responsable.

Al respecto, la literatura jurídica consultada refiere que las medidas cautelares son un instrumento significativo en los procedimientos, ya que *“el dictado de la resolución administrativa definitiva puede tardar un lapso de tiempo considerable y las infracciones de las personas a las normas jurídicas pueden producir importantes daños al interés general o al patrimonio del Estado. Hay que señalar que la mayoría de las leyes federales y locales de naturaleza administrativa facultan a las autoridades administrativas para dictar medidas cautelares con la finalidad de evitar posibles daños irreparables al interés público”*.⁵

Desde un punto de vista doctrinal, la modificación propuesta en su conjunto es positiva, pero parece existir un espacio de oportunidad ya que las medidas cautelares pueden ser solicitadas hasta en tanto exista emplazamiento al probable responsable, que dentro de los procedimientos de investigación de la LFCE es con la conclusión de la etapa de investigación, lo cual imposibilita la solicitud de medidas cautelares durante el periodo de investigación pese a que la doctrina jurídica consultada lo permitiría.

Esta situación difiere de la naturaleza de las medidas cautelares, y a lo que establece la LFCE y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por las siguientes consideraciones:

Primero, la LFCE tiene instrumentos secundarios que jerárquicamente están supeditados a ella. Dichos instrumentos son las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica (“DRLFCE”), las cuales configuran ámbitos, cuestiones y procedimientos que el legislador dispuso que la COFECE redactara dentro de su ámbito competencial, así como los criterios técnicos que se circunscriben a cuestiones específicas delimitadas de manera acotada por la LFCE o las DRLFCE.

En efecto, los artículos 113, 121 y 132 de la LFCE se establecen las situaciones donde procedimentalmente las DRLFCE son aplicables, pero bajo una relación de subordinación a la LFCE que la contempla y habilita como instrumento dentro del sistema normativo de los procedimientos de competencia económica. Esta misma circunstancia se vislumbra con los Criterios Técnicos y su propuesta de modificación que hoy nos ocupan, pues están contemplados en el artículo 136 de la LFCE únicamente en lo que concierne a la determinación de las cauciones y no así para configurar en qué etapa puede o no solicitarse la emisión de medidas cautelares.

La redacción propuesta parece diferir de lo que estipula el artículo 135 f. I de la LFCE al eliminar etapas del procedimiento donde la Autoridad Investigadora puede solicitar la emisión de medidas cautelares, específicamente, durante el periodo de investigación. Lo anterior, ya que la redacción del primer párrafo del artículo 135 de la LFCE no establece excepción alguna a lo estipulado: **“En cualquier momento, la Autoridad Investigadora podrá solicitar al Pleno la**

⁵ Medidas Cautelares”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam. Página 224.

emisión de las medidas cautelares relacionadas con la materia de la denuncia o investigación”.

En esa medida, se sugiere reflexionar sobre si la redacción propuesta del artículo 5 del Anteproyecto se extralimita a lo que la LFCE contempla que los Criterios Técnicos del artículo 136 pueden abarcar - la determinación de cauciones-, y si un instrumento de menor jerarquía (o su interpretación) restringe lo que la LFCE establece tanto en el párrafo primero y fracción I del artículo 135, y por ende puede obstaculizar el ejercicio de derechos y acceso a las garantías de tutela efectiva de terceros (denunciantes y titulares de derechos difusos o colectivos), además de dificultar el marco de herramientas a las que tiene acceso esa honorable Comisión por virtud de la ley.

Segundo, a diferencia de otras autoridades de naturaleza administrativa en otros ámbitos, la COFECE está estrechamente vinculada al artículo 28 constitucional en su segundo párrafo, donde se establece el principio de oficialidad u oficiosidad con un grado de intensidad mayor que el de otras autoridades, cuestión que recalca la importancia y trascendencia de la labor de la COFECE, donde la actuación por oficio de la autoridad se puede considerar como proactiva:

En consecuencia la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social. (Énfasis añadido)

Realizando una interpretación conforme a la luz del artículo 28 y 1 constitucional, la redacción propuesta en el artículo 5 del Anteproyecto tiene espacios de mejora con respecto al marco constitucional que delimita el objeto y mandato de esa honorable Comisión, lo anterior a fin de armonizar su redacción para evitar interpretaciones que pudieran ser contrarias al principio pro persona que establece cómo deben interpretarse los instrumentos normativos por parte de las autoridades, ya que pudiera estar limitando las oportunidades de respuesta de la autoridad pública ante potenciales serias afectaciones al orden público, interés social o a las categorías sociales protegidas por la Constitución.

Tercero, suponiendo que la intención original de la redacción fuera ofrecer garantías de audiencia al agente económico destinatario de las medidas cautelares, lo cierto es que ello se atiende si se observa la naturaleza jurídica de las medidas cautelares como ya se ha expuesto a lo largo de la presente opinión, ya que la redacción contemplada en el artículo 5 del Anteproyecto con respecto a los artículos 12 f. IX y su correlativo 135 f. I de la LFCE pudiera suscitarse de una interpretación de que se está ante un acto privativo, o

buscara atender la legítima preocupación de que existe un prejujuamiento en caso de que se otorgue que pudiera afectar al resto del procedimiento.

Sobre si es o no un acto privativo una medida cautelar que requiera audiencia previa, el siguiente criterio auxilia en discernir su naturaleza real:

Época: Novena Época

Registro: 196727

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo VII, Marzo de 1998

Materia(s): Constitucional, Común

Tesis: P./J. 21/98

Página: 18

MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA.

Conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la garantía de previa audiencia, establecida en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, únicamente rige respecto de los actos privativos, entendiéndose por éstos los que en sí mismos persiguen la privación, con existencia independiente, cuyos efectos son definitivos y no provisionales o accesorios. Ahora bien, las medidas cautelares constituyen resoluciones provisionales que se caracterizan, generalmente, por ser accesorias y sumarias; accesorias, en tanto la privación no constituye un fin en sí mismo; y sumarias, debido a que se tramitan en plazos breves; y cuyo objeto es, previendo el peligro en la dilación, suplir interinamente la falta de una resolución asegurando su eficacia, por lo que tales medidas, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo, constituyen un instrumento no sólo de otra resolución, sino también del interés público, pues buscan restablecer el ordenamiento jurídico conculcado desapareciendo, provisionalmente, una situación que se reputa antijurídica; por lo que debe considerarse que la emisión de tales providencias no constituye un acto privativo, pues sus efectos provisionales quedan sujetos, indefectiblemente, a las resultas del procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten, donde el sujeto afectado es parte y podrá aportar los elementos probatorios que considere convenientes; consecuentemente, para la imposición de las medidas en comento no rige la garantía de previa audiencia.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de febrero en curso, aprobó, con el número 21/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

En tal medida, atendiendo a la jurisprudencia, a la naturaleza de las medidas cautelares y al marco jurídico-constitucional expuestos, no parece ser necesario agotar la garantía de previa audiencia por la propia naturaleza accesoria, sumaria, incidental y temporal de este mecanismo que busca brindar una respuesta donde existe o puede existir un peligro en la demora, en donde si bien pueden existir mecanismos de reparación del daño entre

empresas, no resultarían admisibles en un test de proporcionalidad para las categorías sociales vulnerables y derechos fundamentales protegidos por la Constitución a la luz de los principios pro persona y de oficialidad especial de los artículos 1 y 28 constitucionales respectivamente. Por tanto, sin contar necesariamente con todos los elementos que tiene esa honorable Comisión, la redacción propuesta en el artículo 5 del Anteproyecto puede ser modificada ante la naturaleza y objetivos de las medidas cautelares y la posibilidad de su levantamiento bajo caución, ya que las preocupaciones legítimas se encuentran atendidas, máxime que la modificación a la redacción propuesta reforzaría las garantías que pueden tener las categorías sociales protegidas por la Constitución a través de los mecanismos de la LFCE de forma directa, y ante procedimientos de la LFCE pueden tener duraciones mayores al año natural - debido a la inherente complejidad técnica y fáctica que enfrenta esa honorable Comisión en el cumplimiento de su labor -, lo cual pudiera causar daños irreparables al bienestar de la colectividad y grupos vulnerables o de categorías protegidas de manera no intencionada.

Adicionalmente, respecto a la preocupación de que el otorgamiento de una medida cautelar represente un prejuzgamiento sobre la causa, lo cierto es que legalmente la LFCE contempla que dichas medidas no prejuzgan sobre la existencia o no de posibles hechos constitutivos de ilícitos, máxime que su naturaleza es subsidiaria, temporal y realiza una valoración de la probabilidad y peligros de la demora, y no en sí del posible hecho ilícito. Es decir, al ser de naturaleza incidental, no tendría por qué afectar al procedimiento principal conforme a la esencia propia de una medida cautelar. Lo anterior no prescinde del hecho de que de la propia investigación de la Autoridad Investigadora, o derivado de la actuación procedimental del agente económico, se detecte la inexistencia o cese de los presupuestos fácticos que motivaron la medida cautelar consistente en la orden de suspensión de la conducta ilícita y por tanto se conduzca a su terminación, sin perjuicio de que fenezca la medida cautelar con la emisión de una resolución definitiva o que, simplemente, no cumpla con los estándares que tenga ese honorable Pleno de la COFECE.

Por tanto, se sugiere a esa honorable Comisión reconsiderar la formulación propuesta en el Anteproyecto como mejor lo considere con los elementos y análisis expuestos dentro de su ámbito de autonomía constitucional en favor de la competencia, reiterando que las modificaciones en su conjunto son ampliamente positivas en el robustecimiento del marco jurídico y representan un avance progresivo en beneficio de los mexicanos.

Finalmente, cabe reiterar el reconocimiento a la labor que realizan, y destacar el valor trascendental que las fundamentales aportaciones que dicho órgano constitucional autónomo realiza día con día para el bienestar de nuestro país.