

México, D.F. a miércoles 3 de noviembre de 2015

De: Global Economics Group

A: Comisión Federal de Competencia Económica

REF: Comentarios a los Criterios Técnicos para la Solicitud y Emisión de Medidas Cautelares, así como para la Fijación de Caucciones

El presente escrito se elabora en respuesta a la consulta pública emitida por la Comisión Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo COFECE) respecto a los Criterios Técnicos para la Solicitud y Emisión de Medidas Cautelares, así como para la Fijación de Caucciones (en lo sucesivo Criterios Técnicos o CT).

Desde Global Economics Group (Global Econ) aprovechamos para agradecer a la COFECE los esfuerzos para clarificar un tema de tanto impacto para los agentes económicos como la adopción de medidas cautelares, así como la oportunidad de participar a través de esta consulta pública.

A continuación, enumeramos los puntos de mayor interés que hemos podido identificar en el documento. Para facilitar la lectura, en primer lugar, se explicarán las preocupaciones generales que este texto puede suscitar en los agentes económicos en el momento de adoptar estas medidas. En segundo lugar, se detallarán algunos de los riesgos asociados a la aplicación de las medidas cautelares y las caucciones de conformidad con el texto propuesto.

I. COMENTARIOS GENERALES AL TEXTO

A. NECESIDAD DE MAYOR DETALLE EN ALGUNOS TÉRMINOS

El texto sometido a consulta pública resume, en esencia, lo ya dispuesto tanto en la Ley Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo LFCE) como en las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo Disposiciones Regulatorias o DR).

Probablemente los artículos 5, 6 y 7 de los CT son los que aportan nueva información. En particular, la información contenida en el artículo 5 es especialmente relevante para saber el momento procesal en el cual se podrán adoptar ciertas medidas cautelares.

Sin embargo, en nuestra opinión, sería muy útil que el texto sometido a consulta recogiera más información sobre las circunstancias que tienen que estar presentes para determinar la pertinencia de una medida cautelar. Por el momento, el artículo 135 de la LFCE, que se repite en el artículo 4 de los CT, sólo establece que los propósitos de las medidas cautelares son “evitar un daño de difícil reparación al proceso de libre competencia y competencia” y “asegurar la eficacia de la investigación” .

Si bien estos propósitos son acertados, es necesario tener una definición más detallada sobre “qué es un daño de difícil reparación al proceso de competencia” . Por ejemplo, si este daño incluye el perjuicio causado a un agente económico, si sólo incluye el bien público general, o incluso si el daño a un agente económico puede ser de tal magnitud que afecte al proceso de libre competencia y competencia. También, además del destinatario del daño, es necesario definir la magnitud del daño, dado que la expresión “daño de difícil reparación” es un término demasiado ambiguo.

A estos efectos, nos gustaría mencionar como posible modelo el estándar de prueba utilizado por la Comisión Europea (en lo sucesivo CE), donde se establece que la CE podrá adoptar medidas

cautelares “en caso de **urgencia justificada** por el riesgo de que se produzca un perjuicio **grave e irreparable** a la competencia [...]”¹ (énfasis añadido).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo TJUE) ha tenido la oportunidad de delimitar estos términos. Por un lado, el TJUE estableció que el daño grave e irreparable podría incluir tanto al agente que solicita la aplicación de las medidas cautelares como al interés público, entendiéndose este último como los objetivos europeos de política de competencia, los intereses de los Estados miembros y sus ciudadanos.² Por otro lado, la jurisprudencia del TJUE también establece parámetros para delimitar conceptos como “urgencia” , “grave” e “irreparable” .³ Así, según el TJUE, el daño irreparable es aquel daño que no puede esperar a ser resuelto en el litigio principal. En nuestra opinión, añadir estos términos con sus correspondientes definiciones al texto propuesto sobre medidas cautelares podría otorgar mucha mayor seguridad jurídica a los agentes económicos en México.

El segundo propósito de las medidas cautelares, “asegurar la eficacia de la investigación” , también se beneficiaría de un nivel de detalle mayor. Bajo este rubro, y dada la ausencia de algunas limitantes como las mencionadas anteriormente sobre la urgencia o el daño irreparable, la Autoridad Investigadora (AI) podría tomar un número de medidas casi infinito (léase la fracción IV del artículo 135 de la LFCE) con un bajo nivel de escrutinio.

Una vez más, tomando como ejemplo la CE, vemos que en Europa es necesario que la medida sea **indispensable** para asegurar la eficacia de una decisión futura, es decir, la resolución final del expediente.⁴ Por tanto, la CE tiene que demostrar que esa medida es indispensable para conseguir el

¹ Ver artículo 8.1 del Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

² Ver Asunto C-792/79R Camera Care.

³ Ver Asuntos T-44/90 La Cinq SA v. Commission y T-184/01 R IMS Health.

⁴ Antitrust Manual of Procedures, European Commission, March 2012. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf

objetivo, evitando de esta forma medidas arbitrarias. Sería muy positivo que la AI tuviera que cumplir con un cierto estándar de prueba –que no parece estar reflejado en el texto– antes de proponer medidas cautelares con el objetivo de asegurar la investigación. Así, proponemos que, en todo caso, la AI considere respetar al menos los principios de *indispensabilidad, urgencia y daño grave e irreparable* para proponer cualquier medida cautelar.

B. PAPEL DEL PODER JUDICIAL

Uno de los elementos en el texto que más dudas nos ha suscitado es si en este procedimiento el agente obligado puede recurrir a la revisión judicial antes de que la COFECE adopte finalmente lo que podrían ser medidas muy onerosas. En otras jurisdicciones internacionales la revisión judicial es un requisito indispensable que debe estar a disposición del agente obligado antes de adoptar medidas cautelares.⁵

En Estados Unidos, las medidas cautelares las debe adoptar directamente un juez. En España, las medidas cautelares tienen como fuente legal el artículo 72.1 de la Ley 30/1992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Por tanto, como entidad administrativa, sus actos también son revisables en sede judicial.

Sin embargo, en México, a la luz de la LFCE, las DR y del texto propuesto, el acto mediante el cual el pleno adopta la imposición de unas medidas cautelares podría no estar sujeto a un recurso de amparo o bien podría estarlo, pero en un plazo que impediría cualquier protección jurídica.

Si atendemos al artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos, encontramos que las normas generales, actos u omisiones de la COFECE podrán ser impugnados mediante juicio de amparo indirecto y sólo en los casos en que la COFECE imponga multas o la desincorporación de activos, partes sociales o acciones, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo.

⁵ *Ídem.*

Si consideramos que la imposición de medidas cautelares no es ni una multa ni una desincorporación, el agente económico obligado podría recurrir al amparo indirecto, pero debería esperar hasta que se resuelva la investigación para poder recurrir a la revisión judicial. Es obvio que el plazo de tiempo que puede pasar hasta entonces, podría perjudicar gravemente al agente económico.

Donde consideramos que COFECE pueda ofrecer un punto de vista que aminore los riesgos legales que mencionamos anteriormente, es sobre el efecto que implica abrir un incidente y resolver por cuerda separada.

Según el artículo 118 de las DR, el procedimiento para imponer medidas cautelares abre un incidente que se resolverá por cuerda separada. Si bien la decisión final la adopta el pleno y debería deducirse que cualquier acto del pleno puede estar sujeto a un recurso de amparo, no hay una clara delimitación sobre si estos actos son considerados actos intraprocesales sin oportunidad de revisión judicial o, por el contrario, son actos separados, revisables en sede judicial, y que además, al ser por cuerda separada en realidad puedan obtener una revisión judicial con mayor celeridad, sin tener que esperar a la resolución final del caso.

Además, es importante que se clarifique si el poder judicial va a poder actuar de manera rápida y oportuna en la revisión de la imposición de estas medidas para evitar que la COFECE actúe como juez y parte en este procedimiento.

C. ADOPCIÓN DE CRITERIOS INTERNACIONALES

En México, a través de instituciones como la COFECE –como se ha hecho en otros países a través de sus agencias de competencia– está evolucionando hacia la aplicación de las medidas cautelares por parte de una entidad administrativa y no sólo por parte del poder judicial. Sin embargo, en otras jurisdicciones, esta delegación de atribuciones no ha estado exenta de serias limitaciones y contrapesos para asegurar que se respeten los derechos de las partes.

A continuación, expondremos algunos criterios internacionales en esta materia que podrían ser de utilidad para que la COFECE completara el texto propuesto sobre medidas cautelares:

Europa

El Reglamento 1/2003 otorga a la CE la posibilidad de adoptar medidas cautelares cuando se cumplan ciertos requisitos. El régimen es similar al que se quiere establecer en México, pero con las siguientes características:

- Papel de los tribunales: Desde un inicio, la legislación europea no contenía directamente la posibilidad de que la CE impusiera medidas cautelares. Fue el TJUE el que interpretó el Reglamento y efectivamente otorgó esta posibilidad a la CE. Además, como hemos mencionado anteriormente, el TJUE delimitó y definió ciertos conceptos para poder adoptar estas medidas. Por último, los agentes económicos pueden recurrir directamente a los jueces nacionales para solicitar la adopción de medidas cautelares en lugar de acudir a la autoridad administrativa.
- Requisitos: algunos de los requisitos que tienen que darse para que la CE pueda adoptar medidas cautelares son: i) urgencia, ii) riesgo de daño grave e irreparable a la competencia, iii) presunción de que existe una conducta anticompetitiva y iv) posibilidad de revisión judicial de las medidas impuestas.
- Legitimación activa: los agentes económicos no pueden proponer a la CE la adopción de medidas, pero pueden apelar la decisión de la CE y pueden acudir a los tribunales para que impongan medidas cautelares.
- Prejuzgar: Para que la CE pueda adoptar estas medidas debe haber indicios de una práctica anticompetitiva. Anteriormente incluso se pedía que hubiera una violación “clara y flagrante” .
- Audiencia: la CE no puede adoptar medidas cautelares sin antes oír al agente económico obligado.

Estados Unidos

La sección 5 de la *Federal Trade Commission Act* (en lo sucesivo FTC Act) otorga a la *Federal Trade Commission* (en lo sucesivo FTC) el poder para impedir o prevenir que personas, asociaciones o

empresas lleven a cabo actos desleales de competencia (dentro de estos actos, también encontraríamos actos anticompetitivos).⁶

Para poder prevenir estos actos desleales, la sección 13 de la FTC Act, otorga a la FTC la posibilidad de solicitar medidas cautelares (*preliminary injunctions*).⁷ Los requisitos o características que han de cumplirse para adoptar estas medidas son:

- Papel de los tribunales: Estas medidas debe solicitarlas cualquier abogado de la FTC ante un tribunal de distrito de los Estados Unidos.
- Legitimación activa: La FTC es la única que puede comenzar este procedimiento si tiene el convencimiento de que una persona, asociación o empresa ha cometido o está a punto de cometer una violación a una ley que la FTC pueda aplicar.
- Prejuzgar: Para que un juez pueda otorgar las medidas cautelares, éste debe ponderar los intereses de las partes y analizar las posibilidades de éxito de la FTC en el procedimiento principal para ver si esta acción es en beneficio del interés público.
- Audiencia: Es imperativo que se notifique a las partes interesadas en el procedimiento.

Estas medidas cautelares, cuando el caso lo amerite y la FTC lo proponga, pueden convertirse en medidas permanentes si el juez considera probado el posible daño al interés público.

Otro procedimiento similar que busca ordenar el cese de una conducta pero que por su naturaleza tiene características diferentes, es la posibilidad de la FTC de emitir una queja administrativa y/o solicitar medidas cautelares en los tribunales federales. El procedimiento de queja administrativa que puede conllevar la adopción de una medida cautelar (orden de cese de actividad) es muy similar a un juicio en la corte federal, pero ante un juez de derecho administrativo. Sus principales características son:

- Se presentan pruebas y se da audiencia a las partes.

⁶ Ver Sección 5 de la Federal Trade Commission Act, disponible en <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/45>

⁷ Ver Sección 13 de la Federal Trade Comission Act, disponible en <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/53>

- Si se encuentra una violación de la ley, la FTC puede emitir una orden de cese de la actividad.
- La decisión inicial adoptada por un juez de derecho administrativo puede ser apelada ante la FTC.
- Las decisiones finales emitidas por la FTC podrán ser apeladas ante un Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos y, en última instancia, a la Corte Suprema de los EE.UU.

Reiteramos que este procedimiento no es el equivalente a las medidas cautelares tal y como se proponen en México, éste sería el que se recoge en la sección 13 de la FTC Act. Sin embargo, es también un procedimiento en el que se adoptan medidas de cese de una actividad con carácter expedito.

II. COMENTARIOS ESPECIFICOS

A. PREJUZGAR LA CONDUCTA DEL AGENTE ECONÓMICO

El artículo 13 de los criterios técnicos establece que la decisión del pleno sobre la imposición de medidas cautelares no prejuzga respecto al fondo del procedimiento principal.

Sin embargo, en nuestra opinión, esta decisión no sólo sí prejuzga los méritos del caso, sino que es incluso deseable que para poder adoptar estas medidas cautelares existan indicios de una práctica anticompetitiva. El propósito de estas medidas es precisamente evitar un daño grave e irreparable al procedimiento de competencia. Por tanto, parece razonable que haya indicios de una conducta anticompetitiva para poder adoptar estas medidas.

El artículo 5 del texto propuesto parecería seguir esta lógica. Dicho artículo establece que sólo se podrán proponer ciertas medidas cautelares una vez enviado el oficio de probable responsabilidad. Este oficio marca el inicio de una nueva fase procesal, el procedimiento seguido en forma de juicio. Si nos fijamos en el artículo 78 de la LFCE, el texto establece que la AI puede proponer el inicio del procedimiento en forma de juicio “por existir elementos objetivos que hagan probable la responsabilidad del agente investigado” .

Así, podemos interpretar que el texto de la ley permitiría adoptar medidas cautelares cuando existiera un riesgo inminente de un daño irreparable a la competencia siempre que tuviéramos elementos objetivos de responsabilidad y, por tanto, de una conducta anticompetitiva.

Sería muy positivo que el texto, en lugar de mencionar que la decisión del Pleno sobre la adopción de medidas cautelares no prejuzga la decisión, se incluyera como requisito para la imposición de estas medidas, que es necesario demostrar indicios de violación de la LFCE por parte del agente económico obligado.

B. AUDIENCIA A LAS PARTES

Una sección que echamos en falta en el texto propuesto es la explicación del procedimiento contradictorio que debe darse para la adopción de las medidas cautelares.

En el texto no hay mención alguna a que este procedimiento sea contradictorio y por tanto que haya que darles audiencia a los agentes implicados. De conformidad con el artículo 119 de las DR, en los procedimientos incidentales, como es la adopción de medidas cautelares, debe darse audiencia al agente económico, así como éste también puede proponer los medios de prueba que requiera.

Sin embargo, este artículo de las DR sólo habla de la Comisión en general, y para este caso en particular donde la AI propone unas medidas y el pleno decide sobre su adopción, no queda claro frente a quién deben hacerse las alegaciones correspondientes. Este punto es aún más relevante si nos fijamos en la fracción IV del artículo 119 donde parece que sólo una vez integrados los alegatos al expediente incidental se turnará el asunto al Pleno.

La situación es muy diferente para la caución. En esta parte del texto, sí aparece el procedimiento mucho más detallado e incluso el papel más activo del agente económico obligado, quien puede incluso proponer una caución más baja de lo estimado por el Pleno. Sería deseable tener una situación análoga para la imposición de medidas cautelares donde el agente económico pudiera proponer medidas alternativas a las propuestas por la AI y adoptadas por el Pleno.

Por tanto, sí creemos muy oportuno y relevante incluir en el texto propuesto un capítulo dedicado a las fases del procedimiento de adopción de medidas cautelares incluyendo los plazos para ejercitar los derechos de defensa y los órganos frente a los cuales hay que ejercitar estos derechos.

C. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS

Desde un punto de vista informativo, consideramos que sería muy oportuno poder contar con una clasificación de las medidas cautelares que la COFECE puede adoptar.

El artículo 135 de la LFCE establece en cuatro fracciones las medidas que la COFECE puede adoptar. Sin embargo, el texto del mismo artículo deja la puerta abierta a cualquier tipo de medida que considere necesario o conveniente.

Por ello, sería muy instructivo saber qué tipo de medidas pueden contemplarse más allá de las ahí expuestas e incluso saber si la COFECE pretende aplicar estas medidas por tipo de conducta, o si algunas medidas pueden estar sometidas a unas limitaciones particulares (como las establecidas en el artículo 5 del texto propuesto).

D. DEFINICIÓN MERCADO AFECTADO (art. 7 y 21)

Consideramos que la definición del mercado afectado no amerita un estándar de análisis similar a la determinación de un mercado relevante. Ya que forma parte simplemente de un cálculo de daño preliminar para imponer medidas cautelares y no un estándar para delimitar restricciones a la competencia que es el propósito de la determinación de mercado relevante.

No obstante, para determinar afectación es necesario circunscribir en dimensión geográfica, producto/servicio y tiempo el espacio en donde se considera existe o podría existir un daño grave e irreversible, por ejemplo (ver argumentación sobre este estándar más arriba). Esto, además, permite al agente a quien se le aplica la caución a poder defender o argumentar se limite aún más este tipo de medidas si decidiera litigarlas o impugnarlas. Además, forma parte de un debido proceso.