

**OBSERVACIONES Y PROPUESTAS A LA INICIATIVA DE NUEVA
LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA**

3 de marzo de 2014

Rafael Valdés Abascal (Socio)

José Ángel Santiago Abrego (Socio)

Agustín Aguilar López (Asociado)

Enrique de la Peña Fajardo (Asociado)

CONTENIDO

- I. Antecedentes / Reforma Constitucional
- II. Descripción de los cambios relevantes planteados en la iniciativa
 - A. Aspectos orgánicos
 - B. Aspectos sustantivos
 - a) Ley Federal de Competencia Económica
 - b) Código Penal Federal
 - C. Aspectos procesales
 - a) *Disposiciones generales*
 - b) *Investigación y procedimiento seguido en forma de juicio*
 - c) *Notificación de concentraciones*
 - d) *Procedimientos especiales*
 - e) *Daños y perjuicios*
 - f) *Código Penal Federal*
- III. Observaciones y propuestas concretas de modificaciones a la iniciativa

Con motivo de la iniciativa de decreto por el que se expide la Ley Federal de Competencia Económica y se reforma el artículo 254 bis del Código Penal Federal, presentada por el Ejecutivo Federal el pasado 19 de febrero de 2014, publicada al día siguiente en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados (“**iniciativa**” o “**proyecto**”), Valdés Abascal Abogados, S.C. ha elaborado este documento cuya finalidad es informar sobre su contenido y alcance, así como formular las observaciones y propuestas de modificaciones que consideramos pertinente sean tomadas en cuenta por los integrantes de las cámaras de diputados y de senadores en el proceso legislativo. Para tal efecto, hemos dividido el documento en tres secciones: en la primera se describen los cambios realizados a la Constitución en materia de competencia económica, los cuales constituyen el antecedente principal de la iniciativa; en la segunda se esbozan los cambios más relevantes planteados en el proyecto; y en la tercera se exponen las observaciones y propuestas de modificación concretas que, a nuestro juicio, podrían minimizar los riesgos o problemas advertidos.

I. ANTECEDENTES / REFORMA CONSTITUCIONAL

El 11 de junio de 2013 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (“**DOF**”) el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones (“**reforma constitucional**”). Este decreto incorporó una serie de disposiciones constitucionales que modificaron no sólo el régimen de las telecomunicaciones, sino el de competencia económica en todos los sectores. En los artículos transitorios de la reforma se ordenó al Congreso de la Unión aprobar las leyes, reformas y adiciones que fueran necesarias para adecuar el marco jurídico a la reforma constitucional.

A continuación se exponen los cambios relevantes en materia de competencia económica, contenidos principalmente en diversos párrafos que fueron adicionados al artículo 28 constitucional:

1. Se prevé la creación de la Comisión Federal de Competencia Económica (“CFCE” o “Comisión”) como un órgano constitucional autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, en sustitución de la Comisión Federal de Competencia.¹

El objeto de este órgano es garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones prohibidas y las demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

La Constitución establece que la CFCE contará con las facultades necesarias para cumplir su objeto, entre las que se encuentran eliminar las barreras a la competencia, garantizar el acceso a insumos esenciales y ordenar la desincorporación de activos.

2. Se prevé la creación del Instituto Federal de Telecomunicaciones (“IFT”) como un órgano constitucional autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, en sustitución de la Comisión Federal de Telecomunicaciones.²

Se transfieren al IFT las facultades en materia de competencia económica en lo que se refiere a los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones. Al respecto, la reforma señala que el IFT ejercerá en estos sectores las facultades que la Constitución y las leyes confieren a la CFCE y le concede facultades adicionales específicas, como el establecimiento de regulación asimétrica y la imposición de límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, al concesionamiento y a la propiedad cruzada de medios de comunicación, así como ordenar la desincorporación de activos para asegurar el cumplimiento de dichos límites.

Asimismo, se otorgan al IFT atribuciones para revocar concesiones cuando exista incumplimiento de una resolución que haya quedado firme en casos de conductas vinculadas con prácticas

¹ El 10 de septiembre de 2013, el Senado ratificó y tomó protesta a 6 comisionados, de los 7 que deben integrar el Pleno de la CFCE conforme a la reforma constitucional. El 7 de noviembre de 2013, el Senado ratificó y tomó protesta al séptimo y último comisionado.

² El 10 de septiembre de 2013, el Senado ratificó y tomó protesta a los 7 comisionados que integran el Pleno del IFT.

monopólicas, así como para determinar la existencia de agentes económicos preponderantes³ en los sectores de radiodifusión y de telecomunicaciones, a efecto de imponerles las medidas necesarias para evitar un daño a la competencia y libre concurrencia.

3. Se establece que ambos órganos estarán integrados por 7 comisionados, incluido el comisionado Presidente, designados de forma escalonada por el titular del Ejecutivo Federal con la ratificación del Senado de la República. Los comisionados durarán 9 años en el cargo.

El Presidente de cada uno de los órganos será elegido por un periodo de 4 años renovables, por dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores.

4. Se regula el procedimiento de selección de los comisionados integrantes de la CFCE e IFT como sigue:
 - a. Cada vez que exista una vacante, se integrará un Comité de Evaluación conformado por los titulares del Banco de México, el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, cuyas decisiones se adoptarán por mayoría de votos y será presidido por el titular de la entidad con mayor antigüedad en el cargo.
 - b. El Comité emitirá una convocatoria pública para cubrir la vacante.
 - c. A quienes satisfagan los requisitos⁴, el Comité de Evaluación aplicará un examen de conocimientos en la materia, que será elaborado con la opinión de 2 instituciones de educación superior.

³ La determinación de preponderancia se hará en razón de la participación nacional en la prestación de los servicios de radiodifusión o telecomunicaciones, al agente económico que cuente, directa o indirectamente, con una participación nacional mayor al cincuenta por ciento, medido este porcentaje ya sea por el número de usuarios, suscriptores o audiencia, por el tráfico en sus redes o por la capacidad utilizada de las mismas.

⁴Requisitos: (i) ser mexicano mayor de 35 años, (ii) contar con título profesional, (iii) tener 3 años de experiencia en actividades profesionales, servicio público o actividades académicas sustancialmente relacionadas con materias afines al objeto del órgano, (iv) no haber tenido un empleo, cargo o función directiva durante los últimos 3 años, en empresas sujetas a procedimientos (en el caso de candidatos a CFCE) o concesionarios comerciales o privados (en el caso de candidatos al IFT), entre otros.

- d. Por cada vacante, el Comité enviará al Ejecutivo una lista que contenga entre 3 y 5 candidatos con las calificaciones aprobatorias más altas.
- e. El Ejecutivo seleccionará a uno de los candidatos de la lista y lo someterá a aprobación al Senado.
- f. El Senado debe resolver en un plazo de 30 días, pudiendo ratificar al comisionado propuesto, con el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes.
- g. En caso de que el Senado rechace al candidato propuesto por el Ejecutivo, este último someterá a la consideración del Senado a otro de los candidatos incluidos en la lista, procedimiento que se repetirá si se producen nuevos rechazos. En caso de que sólo quede un aspirante aprobado por el Comité de Evaluación, éste será designado como comisionado de forma directa por el Ejecutivo.

Todos los actos del proceso de selección y designación de los comisionados son inatacables.

5. Se establece el régimen normativo aplicable a la CFCE y el IFT.

Ambos órganos dictarán sus resoluciones con plena independencia, ejercerán su presupuesto de forma autónoma y emitirán su propio estatuto orgánico.

Deliberarán y decidirán de forma colegiada y por mayoría de votos, sujetándose al cumplimiento de los principios de transparencia y acceso a la información.

Sus sesiones, acuerdos y resoluciones serán de carácter público, con las excepciones que determine la Ley.

En materia de rendición de cuentas, se establece que los titulares de los órganos deberán presentar un programa anual de trabajo y un informe trimestral de actividades a los poderes ejecutivo y legislativo, así como comparecer anualmente ante el Senado de la República.

Cada órgano deberá contar con una Contraloría Interna, cuyo titular será designado por dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados.

6. Se establece que las leyes garantizarán, dentro de cada órgano, la separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación y la que resuelve en los procedimientos que se sustancian en forma de juicio.
7. Se faculta a la CFCE y al IFT para emitir disposiciones administrativas de carácter general, exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia.
8. Se establece un régimen especial para la impugnación de los actos de la CFCE y del IFT.

De acuerdo con la reforma constitucional, las normas generales, actos u omisiones de estos órganos podrán combatirse únicamente a través del juicio de amparo indirecto.

Con respecto a la procedencia de este medio de impugnación se establece lo siguiente:

- a. Cuando se trate de resoluciones emanadas de un procedimiento seguido en forma de juicio sólo podrá impugnarse la que ponga fin al mismo, por violaciones cometidas en la resolución o durante el procedimiento. Las normas generales aplicadas durante el procedimiento sólo podrán reclamarse en el amparo promovido contra la resolución que ponga fin al mismo.
- b. El juicio de amparo es improcedente contra actos intraprocesales.

La reforma dispone que las normas, actos u omisiones mencionados no serán objeto de suspensión. Solamente en los casos en que la CFCE imponga multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva.

9. Por último, la reforma dispone la creación de juzgados y tribunales especializados para la sustanciación de los juicios de amparo en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones.⁵

II. DESCRIPCIÓN DE LOS CAMBIOS RELEVANTES PLANTEADOS EN LA INICIATIVA

El proyecto reproduce en su mayor parte el contenido de las disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica (“**LFCE**”) vigente y su reglamento, agregando las modificaciones derivadas de la reforma constitucional. Sin embargo, la iniciativa no se limita a realizar los ajustes mencionados sino que plantea cambios adicionales con miras a fortalecer aún más a la CFCE.

A continuación se exponen las modificaciones más relevantes planteadas en la iniciativa:

A. Aspectos orgánicos

1. El proyecto contiene disposiciones que rigen la naturaleza, objeto, atribuciones y demás aspectos sobre la organización y funcionamiento de la CFCE, como órgano constitucional autónomo. (Libro Primero, Título II)

La CFCE contará con un órgano de gobierno, que es el Pleno, integrado por 7 comisionados, incluyendo al comisionado Presidente. Además, tendrá una Contraloría Interna, una Autoridad Investigadora y un órgano encargado de la instrucción del procedimiento que se sustancia en forma de juicio. (Artículos 3, fracción fracciones XI y XII, 26 y 37 y 78, segundo párrafo)

⁵ El 9 de agosto de 2013, el Consejo de la Judicatura Federal emitió el Acuerdo General 22/2013 relativo a la conclusión de funciones de los Juzgados Cuarto y Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región, así como de los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región, y su transformación a Juzgados de Distrito Primero y Segundo, y Tribunales Colegiados de Circuito Primero y Segundo, respectivamente, todos de Distrito en Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal, y jurisdicción territorial en toda la República. Por virtud del referido acuerdo, dichos órganos jurisdiccionales entraron en funciones el día 10 de agosto de 2013.

El 18 de septiembre de 2013, el Consejo de la Judicatura Federal designó a los jueces y magistrados titulares de los referidos órganos jurisdiccionales.

2. Regula la integración y funcionamiento del Pleno, así como sus facultades y las del comisionado Presidente. (Artículos 3, fracción XII, 12, 18 y 20)

El Pleno deliberará en forma colegiada y adoptará sus decisiones por mayoría de votos, a menos que la ley establezca que se requiere de una mayoría calificada. Los comisionados no podrán abstenerse de votar.

Los comisionados que estén ausentes durante las sesiones del Pleno deberán emitir su voto por escrito con anterioridad, o bien, dentro de los cinco días posteriores a la sesión correspondiente. El comisionado Presidente contará con voto de calidad en caso de empate. (Artículo 18)

3. La iniciativa faculta al comisionado Presidente para promover controversias constitucionales, previa aprobación del Pleno. (Artículo 20, fracción II)
4. Regula el funcionamiento del Comité de Evaluación encargado de los procesos de selección de los aspirantes a comisionados. (Artículos 14 a 17)

El Comité de Evaluación puede nombrar un secretario, un prosecretario y dos asesores, quienes deberán ser servidores públicos de las instituciones cuyos titulares integran dicho Comité.

Se faculta al Comité para establecer un mecanismo de registro de los aspirantes, así como para determinar los documentos e información que acrediten el cumplimiento de los requisitos para ser comisionado.

El Comité de Evaluación podrá auxiliarse de cualquier autoridad federal, estatal o municipal, para el ejercicio de sus funciones. Asimismo, podrá requerir información a particulares y autoridades para verificar o comprobar la información entregada por los aspirantes y cualquier otra que estime necesaria para el desarrollo de sus funciones.

Se impone al Comité la obligación de clasificar la información que reciba y genere, así como la de acordar la información que deba ser clasificada como reservada o confidencial. Precisa que la información relacionada con los exámenes (información y documentación relacionada con éstos, reactivos, metodología de calificación, entre otros) será clasificada como confidencial. Las

calificaciones se le podrán dar a conocer al aspirante y, una vez concluido el proceso de selección de comisionados, se podrán publicar por folio o número de registro. Los actos del Comité de Evaluación a los que se acuerde dar publicidad deberán ser dados a conocer a través del DOF.

Por último, reitera lo que dispone la Constitución en el sentido de que los actos del Comité de Evaluación serán inatacables, por lo que no procederá contra ellos medio de defensa alguno, ordinario o extraordinario, ni podrán ser modificados por autoridad alguna.

5. Se establece que las sesiones del Pleno serán públicas, excepto aquellas en que se traten temas con información confidencial. (Artículo 18)
6. Se regula el contacto de los comisionados con personas que representen los intereses de los agentes económicos, estableciendo que los asuntos podrán tratarse únicamente mediante audiencia, a la que se convocará a todos los comisionados. No obstante, ésta podrá llevarse a cabo con la presencia de uno solo. De todas las audiencias se deberá llevar un registro, en el cual, al menos, se deberá mencionar el nombre de los participantes y los temas tratados.

Las audiencias deberán ser grabadas, teniendo la naturaleza de información reservada, salvo para las otras partes en el procedimiento seguido en forma de juicio, los comisionados, el Contralor Interno y, en su caso, el Senado de la República. (Artículo 25)

7. La iniciativa prevé que los comisionados estarán sujetos a juicio político, así como las causas y el procedimiento para su remoción, por la Cámara de Senadores. (Artículos 22 y 23)

Entre las causas de remoción de los comisionados se encuentran: (i) desempeñar algún empleo, cargo o comisión distinto al de comisionado; (ii) tratar asuntos de su competencia con representantes de intereses de agentes económicos, fuera de los casos previstos en la ley; (iii) utilizar, en beneficio propio o de terceros, información confidencial o reservada, o bien, divulgarla en contravención de la ley; (iv) someter a sabiendas, a la consideración del Pleno, información falsa o alterada con el objeto de influir en la decisión, y (v) no excusarse y votar en algún asunto en el que tenga algún interés.

8. Se asignan las funciones de investigación al órgano denominado Autoridad Investigadora, quien desempeñará el papel que hoy le corresponde al Secretario Ejecutivo en la etapa de investigación. (Artículos 26 a 29)

La Autoridad Investigadora estará facultada para formular denuncias y querellas ante la Procuraduría General de la República por probables conductas delictivas en materia de libre concurrencia y competencia económica, y podrá coadyuvar en el curso de las investigaciones que deriven de dichas denuncias y querellas. (Artículo 28, fracción VII)

La designación y remoción del titular de la Autoridad Investigadora corresponde al Pleno, por mayoría de 5 votos. (Artículo 30)

Remite al estatuto orgánico la determinación de los requisitos que deben satisfacerse para poder ser titular de la Autoridad Investigadora, así como de las reglas de contacto con agentes económicos a que deberá sujetarse. (Artículos 25 y 31)

9. La iniciativa regula el funcionamiento y atribuciones del titular de la Contraloría Interna de la Comisión, cuya designación y destitución corresponde a la Cámara de Diputados; establece los requisitos que deben satisfacerse para ocupar dicho cargo, así como las causas y el procedimiento para su remoción. (Artículos 37 a 45)

Entre las causas de destitución del titular de la Contraloría Interna se establecen: (i) utilizar en beneficio propio o de terceros la documentación e información confidencial; (ii) dejar, sin causa justificada, de fincar responsabilidades e imponer sanciones; (iii) sustraer, destruir, ocultar o utilizar indebidamente la documentación e información que tenga a su cuidado o custodia o que existe en la Contraloría; (iv) conducirse con parcialidad, y (v) notificar a sabiendas, al Senado de la República, información falsa o alterada.

10. Se elevan a nivel legal (antes estaban previstos en el Reglamento Interior Comisión Federal de Competencia) los impedimentos que tienen los comisionados, y se prevé que éstos son aplicables al titular de la Autoridad Investigadora y de la Contraloría Interna. (Artículos 24, 36 y 46) En términos generales, los servidores públicos referidos estarán impedidos y deberán excusarse

cuando tengan algún interés directo o indirecto, que no les permita ejercer su encargo con pleno profesionalismo, independencia e imparcialidad.

Se considerará que existe interés directo o indirecto en los siguientes casos: (i) exista parentesco en línea recta, en la colateral por consanguinidad hasta el cuarto grado y en segundo grado en la colateral por afinidad, con alguno de los interesados o sus representantes; (ii) tenga interés personal, familiar o de negocios en el asunto; (iii) algunas de las referidas autoridades, sus cónyuges o algunos de sus parientes en línea recta sean herederos, legatarios, donatarios o fiadores de los interesados o sus representantes; (iv) haya sido perito, testigo, apoderado, patrono o defensor en el asunto de que se trate, o haya gestionado anteriormente el asunto a favor o en contra de alguno de los interesados, y (v) hayan fijado pública e inequívocamente el sentido de su voto antes de que el Pleno resuelva el asunto.

11. Se impone a los comisionados y a los titulares de la Autoridad Investigadora y de la Contraloría Interna la prohibición, durante un plazo equivalente a una tercera parte del tiempo que ejercieron su función contado a partir de la conclusión de su encargo, de actuar como consejeros, administradores, directores, gerentes, directivos, ejecutivos, agentes, representantes o apoderados de agentes económicos que hayan estado sujetos a procedimientos ante la Comisión. (Artículos 21, 32 y 42)
12. Por último, establece el régimen presupuestario, patrimonial, de transparencia y rendición de cuentas de la Comisión. (Artículos 47 a 49)

B. Aspectos sustantivos

a) Ley Federal de Competencia Económica

1. El proyecto agrega como objeto de la ley, la persecución y sanción de barreras a la libre concurrencia y a la competencia económica. (Artículo 2)

2. Establece que serán responsables solidarios los agentes económicos que hayan instruido o ejercido influencia decisiva en la toma de la decisión de llevar a cabo conductas prohibidas por la ley. (Artículo 4)
3. Incorpora como práctica monopólica absoluta el intercambio de información que tenga por objeto o efecto (además de la fijación de precios) la restricción del abasto, la división de mercados y la concertación de posturas en licitaciones. (fracción V del artículo 53).
4. Al igual que la LFCE vigente, señala que una conducta no será considerada como práctica monopólica relativa si genera ganancias en eficiencia, las cuales deberán incidir favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia superando los posibles efectos anticompetitivos. Sin embargo, la iniciativa precisa que esas ganancias deben, además, resultar en una mejora del bienestar del consumidor. (Artículo 55)
5. El proyecto modifica la tipificación de la práctica monopólica relativa conocida como depredación de precios. Se establece que ésta podrá actualizarse cuando se vendan bienes o servicios por debajo de su costo medio variable (ya no de forma sistemática, como lo establece la LFCE vigente) o se lleve a cabo la venta de bienes o servicios por debajo de su costo medio total (dejando de lado el elemento “de forma ocasional” previsto en la LFCE vigente) pero por arriba de su costo medio variable; lo anterior, siempre y cuando existan elementos para presumir que le permitirá al agente económico recuperar sus pérdidas mediante incrementos futuros de precios, en los términos de las disposiciones regulatorias. (Artículo 56, fracción VII)
6. Dispone que la conducta conocida como elevación de los costos del rival, podrá actualizar prácticas monopólicas relativas cuando su objeto o efecto lo resienta un agente económico, y no sólo sus competidores como lo prevé la LFCE vigente. (Artículo 56, fracción XI)
7. Agrega dos conductas que pueden ser consideradas como prácticas monopólicas relativas: (i) la denegación, restricción del acceso, o acceso en términos y condiciones discriminatorias a un insumo esencial y (ii) el estrechamiento de márgenes entre el precio de acceso a un insumo esencial provisto por uno o varios agentes económicos y el precio de un bien o servicio ofrecido al

- consumidor final por esos mismos agentes económicos, en el que se utilice para su producción el mismo insumo esencial. (Artículo 56, fracciones XII y XIII)
8. Establece los siguientes criterios para determinar la existencia de un insumo esencial: (i) si el insumo es detentado o prestado por un solo agente económico o un número reducido de agentes económicos; (ii) si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro agente económico; (iii) si el insumo resulta indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos, y (iv) los demás criterios que establezcan las disposiciones regulatorias. (Artículo 60)
 9. Agrega como indicios de una concentración ilícita que el acto o tentativa tenga o pueda tener como objeto o efecto, entre otros, establecer barreras a la entrada, impedir a terceros el acceso al mercado relevante, a mercados relacionados o a insumos esenciales. (Artículo 64, fracción II)
 10. Incorpora las siguientes sanciones: (Artículo 120)
 - a. La orden de medidas para regular el acceso a insumos esenciales.
 - b. Inhabilitación para ejercer como consejero, administrador, director, gerente, directivo, ejecutivo, agente, representante o apoderado en una persona moral hasta por un plazo de 5 años.
 - c. Multa hasta por el equivalente a 180 mil veces el Salario Mínimo General Vigente en el Distrito Federal (“**SMGVDF**”), a los fedatarios públicos que intervengan en los actos relativos a una concentración cuando no hubiera sido autorizada por la Comisión.
 - d. Multa hasta por el equivalente al 10 por ciento de los ingresos del agente económico que controle un insumo esencial, por incumplir la regulación establecida con respecto al mismo y a quien no obedezca la orden de eliminar una barrera a la competencia.
 11. Establece que la CFCE podrá, en lugar de imponer la sanción que corresponda, ordenar la desincorporación o enajenación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes

económicos, contra aquéllos que hayan sido sancionados previamente por la comisión de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas. (Artículo 123)

b) Código Penal Federal

1. Se modifica el artículo 254 bis a fin de guardar congruencia con las prácticas monopólicas absolutas según se tipifican en la ley, incluyendo la ampliación de los supuestos relacionados con el intercambio de información.
2. Se incrementan las sanciones previstas actualmente, aumentando la pena mínima de tres a cinco años de prisión, e incrementando la multa máxima de tres mil a diez mil días de multa.⁶
3. La iniciativa mantiene el señalamiento de que no existirá responsabilidad penal para los agentes económicos que se acojan al beneficio de reducción de sanciones por la comisión de prácticas monopólicas absolutas, previa resolución de la CFCE o del IFT que determine que se cumplen los requisitos establecidos en la ley.

C. Aspectos procesales

a) Disposiciones generales

1. El proyecto regula las cuestiones de competencia entre la CFCE y el IFT. Se prevé un mecanismo muy parecido a la inhibitoria o declinatoria del proceso civil; sin embargo, en el proyecto las cuestiones de competencia sólo pueden ser detonadas de oficio. Asimismo, establece que serán los tribunales colegiados especializados en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones los que resolverán los conflictos competenciales entre la Comisión y el IFT, cuando sus criterios sean divergentes en el caso concreto. (Artículo 5)

⁶ Conforme al Código Penal Federal, el día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.

2. Los documentos aportados por los agentes económicos que se encuentren en un idioma distinto al español, deberán ser traducidos por un perito traductor. El requisito del traductor no está previsto para las traducciones que debe realizar la Comisión.

Cualquier persona que no hable español podrá ser asistido por un intérprete en cualquier diligencia. (Artículo 106)

3. Todos los procedimientos previstos en la ley podrán tramitarse a través de medios electrónicos, conforme lo establezcan las disposiciones regulatorias. (Artículo 111)
4. El proyecto agrega como medidas de apremio, el auxilio de la fuerza pública y el arresto hasta por 36 horas. Incrementa el monto de las multas como medida de apremio a hasta 3 mil veces el SMGVDF. (Artículo 119)

b) Investigación y procedimiento seguido en forma de juicio

1. El proyecto faculta al Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría de Economía, así como a la Procuraduría Federal del Consumidor, para solicitar a la CFCE el inicio de una investigación, sin la necesidad de cumplir con los requisitos previstos para los denunciantes. Dicha investigación tendrá el carácter de preferente. (Artículo 66)
2. Siguiendo la tendencia del Poder Judicial de la Federación, dispone que el inicio de toda investigación por prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas debe estar basada en una causa objetiva, definiéndola como cualquier indicio de la existencia de aquéllas. (Artículo 71)
3. Incluye como requisitos de los requerimientos de información y documentación, que la CFCE señale el carácter del requerido como denunciado o tercero coadyuvante. (Artículo 73) Sin embargo, se elimina el requisito de que la información requerida sea relevante y pertinente para la investigación.
5. La iniciativa no contempla, como lo hace la LFCE vigente, que las visitas de verificación se deban realizar en el domicilio de la persona investigada en el que se presume que existen elementos

necesarios para la debida integración de la investigación. Tampoco prevé, como lo hace la LFCE vigente, que las visitas de verificación no podrán limitar la capacidad de producción, distribución y comercialización de bienes o servicios del agente económico investigado.

Por otra parte, establece que durante la visita de verificación, el personal autorizado por la Autoridad Investigadora podrá, entre otras cuestiones: (i) verificar los libros, documentos, papeles, archivos o información relativos a la actividad económica del visitado y, en caso de que los mismos se encuentren en medios electrónicos, hacer u obtener copias o extractos; (ii) precintar y asegurar todas las oficinas, locales, libros, documentos y demás medios del agente económico; (iii) solicitar a cualquier funcionario, representante o miembro del personal del agente económico visitado, explicaciones sobre hechos, información o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la visita de verificación; (iv) tomar fotografías o videofilmaciones o reproducir por cualquier medio papeles, libros, documentos, archivos e información generada por cualquier tecnología o soporte material.

Asimismo, señala que en caso de obstaculizarse la visita de verificación, se presumirán ciertos los hechos que se le imputen al visitado en el dictamen de probable responsabilidad. (Artículo 75)

6. El proyecto elimina el requisito de que la orden de visita se debe someter a la autorización del Pleno.
7. Concluido el período de investigación, la Autoridad Investigadora deberá presentar al Pleno un dictamen en el que se proponga el cierre del expediente o el inicio del procedimiento seguido en forma de juicio. El Pleno, en el supuesto de que se proponga el cierre del expediente, podrá ordenar el inicio del procedimiento seguido en forma de juicio. (Artículo 78)
8. Señala que serán partes en el procedimiento seguido en forma de juicio el agente económico en contra del cual se emita el dictamen de probable responsabilidad y la Autoridad Investigadora. El denunciante tendrá el carácter de coadyuvante. (Artículos 81 y 82)

9. Durante el procedimiento seguido en forma de juicio, se dará vista a la Autoridad Investigadora con la contestación al dictamen de probable responsabilidad, para que se pronuncie respecto de los argumentos y pruebas ofrecidas. (Artículo 83, fracción II)
10. La iniciativa contempla un catálogo de medidas cautelares: (i) órdenes de suspensión de los actos constitutivos de las probables conductas prohibidas por la 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 127)
11. Dispone un plazo de 10 años para la “prescripción” de las facultades de investigación de la CFCE, contado a partir de la fecha en que cesó la conducta prohibida por la ley. (Artículo 129)

c) Notificación de concentraciones

1. Se elimina la posibilidad de cerrar la operación, bajo el riesgo de los agentes económicos, antes de la emisión de la resolución y, con ello, la facultad de la CFCE de emitir una orden de no ejecución.

Dispone que los actos relativos a una concentración que deba ser notificada no podrán registrarse en los libros corporativos, formalizarse en instrumento público ni inscribirse en el Registro Público de Comercio, hasta que se obtenga la autorización de la CFCE o se actualice la autorización ficta. (Artículo 86)

2. La resolución favorable de la CFCE tendrá una vigencia de seis meses, prorrogables por una sola ocasión por causas justificadas. (Artículo 90)
3. Las propuestas de condiciones que presenten los notificantes se publicarán en la página de internet para que cualquier persona pueda expresar su opinión. En el caso de que las propuestas sean presentadas con posterioridad a que se liste el asunto, el plazo para que la CFCE resuelva quedará interrumpido y volverá a transcurrir desde su inicio. (Artículo 90)

d) Procedimientos especiales

1. El proyecto establece un procedimiento para determinar la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia o de insumos esenciales. Dicho procedimiento podrá iniciarse de oficio o a solicitud del Ejecutivo Federal. La resolución que emita la CFCE en este tipo de procedimientos podrá incluir: (i) la eliminación de barreras a la competencia y libre concurrencia; (ii) la regulación de insumos esenciales o (iii) la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar los efectos anticompetitivos detectados. (Artículo 94)

En el caso de que la CFCE determine la existencia de un insumo esencial, la resolución incluirá, en su caso la modalidad de acceso al insumo esencial, la regulación de precios o tarifas, condiciones técnicas y de calidad, así como el calendario de aplicación. (Artículo 94)

2. La iniciativa establece la facultad de la CFCE para informar al Ejecutivo Federal de actos o normas generales emitidos por un Estado, el Distrito Federal, un Municipio, el Congreso de la Unión o alguna de sus Cámaras que pudiesen ser contrarios, entre otros, a las fracciones IV y V del artículo 117 constitucional. La iniciativa no señala de forma expresa las fracciones VI y VII del referido precepto, como lo hace la LFCE vigente.

En caso de que así lo considere pertinente, el titular del Ejecutivo Federal podrá promover una controversia constitucional en contra de tales actos o normas generales, previa recomendación que emita el Consejero Jurídico. (Artículo 95)

e) Daños y perjuicios

La reclamación de daños y perjuicios a causa de una práctica monopólica o concentración ilícita podrá formularse hasta que la resolución de la CFCE quede firme. La acción deberá intentarse ante los tribunales colegiados especializados en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones. El plazo de prescripción se interrumpirá con el acuerdo de inicio. (Artículo 126)

f) Código Penal Federal

El proyecto prevé, al igual que el texto vigente, que el delito prescrito en el artículo 254 bis se perseguirá por querrela, adicionando que ésta puede ser formulada tanto por la CFCE como por el IFT. Sin embargo, se propone que las querellas puedan formularse cuando la autoridad haya emitido resolución en la que determine que un agente económico resultó responsable de haber cometido alguna práctica monopólica absoluta. A diferencia de lo dispuesto por el precepto vigente, la iniciativa no refiere que la citada resolución haya causado estado.

III. OBSERVACIONES Y PROPUESTAS CONCRETAS DE MODIFICACIONES A LA INICIATIVA

A continuación se abordan diversos aspectos de la iniciativa que podrían obstaculizar la concreción de los mandatos de la reforma constitucional, o bien, generar riesgos a la función de garantizar el proceso de competencia, así como a la operación diaria de los agentes económicos sujetos a la Ley y sus derechos fundamentales. Para tal efecto, se indicará el artículo pertinente, seguido de nuestras observaciones y propuestas concretas de modificación tendientes a minimizar los riesgos que se advierten.

Artículo 5

Este artículo establece un sistema de remisión de expedientes entre la CFCE y el IFT cuando uno u otro órgano detecta que le corresponde o no conocer de un determinado asunto. Sin embargo, se debe establecer un ámbito temporal para que tengan lugar las cuestiones de competencia, ya que permitir que se haga en cualquier momento podría generar problemas. Específicamente, preocupan situaciones que podrían darse en la investigación de prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas, en las que se determine la competencia hacia el final de la investigación o habiendo terminado ésta. En el primer caso, la Autoridad Investigadora competente no tendría tiempo suficiente para encauzar la investigación. En el segundo, la Autoridad Investigadora sería parte en un procedimiento sancionador cuyos antecedentes no conoce.

Se propone que las cuestiones de competencia sólo puedan ser planteadas durante la investigación, y a más tardar antes de concluir el segundo período de investigación. Con ello, se brinda la oportunidad

suficiente a la Autoridad Investigadora competente para realizar las diligencias que considere necesarias. Concretamente, se propone adicionar un párrafo al artículo 5 en los siguientes términos:

En los procedimientos de investigación y sanción de prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas, las cuestiones de competencia sólo podrán ser planteadas durante la investigación y en todo caso antes de decretarse la segunda ampliación.

Artículo 6

La iniciativa propone el siguiente texto:

Artículo 6. No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas determinadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No obstante, los agentes económicos que tengan a su cargo las funciones a que se refiere el párrafo anterior, estarán sujetas a lo dispuesto por esta ley respecto de los actos que no estén expresamente comprendidos en dichos supuestos.

No obstante que este artículo fue retomado de la LFCE vigente, el segundo párrafo es confuso y puede dar lugar a un régimen de excepción más amplio que el que la Constitución confiere a las áreas estratégicas.

En efecto, el primer párrafo del artículo 28 constitucional prohíbe los monopolios y las prácticas monopólicas. La excepción prevista en los párrafos cuarto y séptimo de dicho artículo constitucional se refiere únicamente a la prohibición de monopolios, al señalar que no se consideran como tales las funciones que el Estado ejerza de forma exclusiva en las áreas estratégicas. Claramente no exceptúa a los organismos del Estado que llevan a cabo las actividades estratégicas de la prohibición de cometer prácticas monopólicas, de tal manera que les está permitido ser el único oferente en el mercado de que se trate y, por lo tanto, de gozar de poder sustancial, pero de ninguna forma el constituyente pretendió que pudieran abusar de dicho poder, en perjuicio de los demás agentes económicos y de la economía en general.

Así, no es lógico pensar, por ejemplo, que Pemex pueda legalmente realizar ventas de primera mano de gas natural (área estratégica) atándola a la contratación del transporte del gas enajenado (actividad no estratégica) provocando el desplazamiento de agentes económicos que compiten con Pemex en esta última actividad.

Cabe señalar que esta extensión indebida del régimen de excepción viene desde el texto original de la LFCE, en vigor desde 1993, donde de hecho la situación era aún peor, ya que el artículo 4 era inequívoco en el sentido de que no aplicaba la ley en caso alguno a los organismos mencionados con respecto a las áreas estratégicas, pudiendo cometer prácticas monopólicas relativas como la que se indica en el ejemplo anterior.

Este error se pretendió corregir, aunque de forma no muy afortunada, en la reforma de 2006, en la que se estableció el texto actual del artículo 4, y una mejora adicional se dio en la reforma de 2011 en la que se agregó en la fracción I del artículo 24 lo que se subraya a continuación: *“La Comisión tendrá las siguientes atribuciones: I. Investigar la existencia de monopolios, prácticas monopólicas, estancos o concentraciones contrarias a esta Ley, incluyendo aquéllos que pudieren realizar los agentes económicos a que se refieren los artículos 4, 5 y 6 de este mismo ordenamiento, respecto de los actos que no estén expresamente comprendidos dentro de la protección que señala el artículo 28 constitucional, para lo cual podrá requerir [...]”*. [Énfasis añadido]

A la luz de la última de las disposiciones indicadas, es posible concluir que *“la protección que señala el artículo 28 constitucional”* se refiere exclusivamente a la excepción consistente en que los organismos del estado a cargo de las áreas estratégicas y sus actividades no se consideran monopolios, pero no a que puedan cometer prácticas monopólicas.

Sin embargo, el texto a que se ha hecho referencia de la fracción I del artículo 24 fue eliminado de la iniciativa, de tal manera que vuelve a presentarse el riesgo de que conforme al artículo 6 de la nueva LFCE se interprete que los organismos mencionados pueden realizar prácticas monopólicas (particularmente relativas) respecto de las actividades comprendidas en las áreas estratégicas.

Por todo lo anterior, se propone modificar el párrafo segundo del artículo 6 como sigue, alineando el régimen de excepción a lo que realmente establece la Constitución, como lo hace la iniciativa en el artículo 7 para otras actividades protegidas bajo ese régimen (patentes y derechos de autor):

Artículo 6. No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas determinadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

*No obstante, los agentes económicos que tengan a su cargo las funciones a que se refiere el párrafo anterior, estarán sujetos a lo dispuesto por esta ley respecto de los actos que no estén expresamente comprendidos ~~en dichos supuestos~~ **dentro de la protección que señala el artículo 28 constitucional.***

Artículos 12, fracción III y 28, fracción II

Estas disposiciones se refieren a las atribuciones de investigación de la CFCE y de la Autoridad Investigadora, facultándolas a requerir información sin establecer límites claros para su ejercicio.

Existe un derecho a la autodeterminación de la información. Este derecho consiste en la posibilidad de decidir qué información se mantiene en un ámbito privado de protección, y qué información se hace pública. Los tribunales han considerado que este derecho cede frente a exigencias de orden público, pero sólo en la medida en que sea estrictamente necesario. De ahí que la autoridad de competencia sólo pueda requerir aquella información que sea relevante para demostrar o descartar los hechos que se consideran violatorios de la ley, esto es, que hagan más probable que estos hechos hayan efectivamente ocurrido.

Por lo tanto, se propone reincorporar los requisitos de relevancia y pertinencia a que deben acotarse los requerimientos de información (tal como se prevé en la LFCE vigente), en los siguientes términos:

[Artículo 12]

*III. Practicar visitas de verificación en los términos de esta ley, citar a declarar a las personas relacionadas con la materia de la investigación y requerir la exhibición de papeles, libros, documentos, archivos e información generada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, **que resulten relevantes y pertinentes para corroborar o descartar los hechos investigados** y ~~a fin de comprobar el cumplimiento de esta ley~~, así como solicitar el apoyo de la fuerza pública o de cualquier Autoridad Pública para el eficaz desempeño de las atribuciones a que se refiere esta ley;*

[Artículo 28]

*II. Conducir las investigaciones sobre probables violaciones a esta ley, para lo cual podrá requerir informes y documentos necesarios **para corroborar o descartar los hechos investigados**, citar a declarar a quienes tengan relación con los asuntos y, en su caso, realizar visitas de verificación;*

Artículo 18

La Constitución señala que las sesiones del pleno serán de carácter público, con las excepciones que determine la ley. Esto es, la regla general es la publicidad y la excepción es la privacidad.

El cuarto párrafo del artículo 18 establece que las sesiones del pleno serán de carácter público, excepto aquellas en que se traten temas con información confidencial. Lo anterior desestima el hecho de que en la gran mayoría de las sesiones se analiza información confidencial, con lo cual, la iniciativa convierte de facto la excepción en regla general, contraviniendo la disposición constitucional.

Para cumplir cabalmente con lo ordenado por la Constitución, se considera que la ley debe establecer que todos los asuntos se deben tratar en sesiones públicas, pero que podrá haber sesiones privadas únicamente para tratar los aspectos confidenciales de cada asunto.

Al respecto, se propone la siguiente modificación al cuarto párrafo de este artículo:

Todos los asuntos que compete conocer al Pleno se discutirán y resolverán en sesiones de carácter público, debiendo abstenerse de revelar Información Confidencial. El Pleno podrá tener sesiones privadas únicamente para tratar los aspectos que no puedan discutirse en la sesión pública correspondiente, por involucrar Información Confidencial. Sólo será considerada Información Confidencial la declarada como tal bajo los supuestos establecidos en esta ley y demás disposiciones aplicables.

Artículo 21

Esta disposición establece lo siguiente:

Artículo 21. Concluido su encargo, por un plazo equivalente a una tercera parte del tiempo que ejercieron su función, los comisionados no podrán desempeñarse como consejeros, administradores, directores, gerentes, directivos, ejecutivos, agentes, representantes o apoderados, de un Agente Económico que haya estado sujeto a alguno de los procedimientos previstos en esta ley durante el desempeño de su cargo.

La ambigüedad del término “consejero” podría dar lugar a que se interprete que el impedimento se circunscribe a formar parte de los órganos directivos del agente económico, permitiendo actividades de asesoría o consultoría, lo que genera los riesgos de captura que la iniciativa pretende eliminar.

Por ello, para cumplir con los fines buscados, se debe prohibir también que los comisionados actúen como asesores o consultores de agentes económicos que hayan estado sujetos a procedimiento durante el ejercicio de su función.

Adicionalmente, se considera conveniente que el impedimento no esté sujeto a tiempos determinados cuando se trate de asuntos específicos que hayan conocido como comisionados.

Con base en lo anterior, se propone modificar el artículo como sigue:

Artículo 21. Concluido su encargo, por un plazo equivalente a una tercera parte del tiempo que ejercieron su función, los Comisionados no podrán desempeñarse como consejeros,

*administradores, directores, gerentes, directivos, ejecutivos, agentes, representantes, apoderados, **consultores o asesores**, de un Agente Económico que haya estado sujeto a alguno de los procedimientos previstos en esta ley durante el desempeño de su cargo. **Tampoco podrán intervenir de forma alguna en asuntos específicos que hayan sido objeto de dichos procedimientos, aun concluido el plazo a que se refiere este artículo.***

Artículos 32 y 42, segundo párrafo

Por las razones expresadas en la propuesta de modificación al artículo 21, se propone también modificar estos artículos en los términos siguientes:

*Artículo 32. Concluido su encargo, por un plazo equivalente a una tercera parte del tiempo en que haya ejercido su función, el titular de la Autoridad Investigadora no podrá desempeñarse como consejero, administrador, director, gerente, directivo, ejecutivo, agente, representante, o apoderado, **consultor o asesor** de un Agente Económico que haya estado sujeto a alguno de los procedimientos previstos en esta ley durante el desempeño de su cargo. **Tampoco podrá intervenir de forma alguna en asuntos específicos que hayan sido objeto de dichos procedimientos, aun concluido el plazo a que se refiere este artículo.***

[Artículo 42, segundo párrafo]

*Concluido su encargo, por un plazo equivalente a una tercera parte del tiempo en que haya ejercido su función, el titular de la Contraloría no podrá desempeñarse como consejero, administrador, director, gerente, directivo, ejecutivo, agente, representante, o apoderado, **consultor o asesor** de un Agente Económico que haya estado sujeto a alguno de los procedimientos sancionatorios previstos en esta ley en el tiempo en que duró su encargo.*

Artículo 59

La iniciativa elimina el contenido del actual artículo 13 bis que establece los criterios específicos para la determinación de poder sustancial conjunto, lo cual, de aprobarse la iniciativa en sus términos, generará incertidumbre e inseguridad jurídica. Así, se corre el riesgo de que agentes económicos que no tienen

poder sustancial, se abstengan de replicar esquemas utilizados por el dominante u otros agentes económicos más grandes, que les permitan competir en condiciones similares.

Por lo anterior, se considera conveniente que se establezcan en la ley los criterios que la CFCE debe tomar en cuenta para determinar la existencia de poder sustancial conjunto, incluyendo, entre esos criterios, que existan estrategias de coordinación entre los agentes económicos que supuestamente gozan de poder sustancial conjunto o que la competencia entre dichos agentes económicos sea limitada.

Artículo 70, fracción I

La iniciativa propone el siguiente texto:

Artículo 70. La Autoridad Investigadora desechará la denuncia por notoriamente improcedente, cuando:

I. Los hechos denunciados no constituyan violaciones a esta ley;

[...]

En las investigaciones de prácticas monopólicas relativas y de concentraciones ilícitas por denuncia, la Comisión se allega de evidencia para corroborar o descartar la existencia de los hechos denunciados. Asimismo, se allega de evidencia que permita realizar el análisis económico del poder sustancial en el mercado relevante, así como del desplazamiento de agentes económicos, impedimento sustancial del acceso, ventajas exclusivas a favor de uno o varios agentes, entre otros.

En ese sentido, es conveniente precisar que la carga del denunciante se circunscribe a que éste denuncie hechos que puedan actualizar las conductas tipificadas en las fracciones de los artículos 53 y 56, así como en la primera porción normativa del primer párrafo del artículo 61 de la iniciativa . Obligarlo a acreditar los elementos económicos privaría de su objeto al procedimiento de investigación e impondría al particular un umbral probatorio difícilmente acreditable, en la medida en la que no siempre se tiene a la mano la información que permite realizar el análisis económico (nótese que la Comisión sí tiene a su

disposición las herramientas para allegarse de dicha información). Por ello, se propone modificar la fracción I de este artículo en los términos siguientes:

[Artículo 70]

I. Los hechos denunciados no sean susceptibles de actualizar alguno de los supuestos previstos en las fracciones de los artículos 53 y 56, o el supuesto previsto en la primera porción normativa del primer párrafo del artículo 61 de esta ley; ~~constituyan violaciones a esta ley;~~

Adicionalmente, con el objeto de evitar que una sola persona, que no es quien encabeza la Comisión, pueda determinar qué hechos e industrias efectivamente preocupan en materia de competencia y, en consecuencia, pueda dejar impune una conducta prohibida por la Constitución, se propone que los desechamientos sean decididos por el Pleno.

Nótese que con ello no se vulnera la separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación y la que resuelve en los procedimientos seguidos en forma de juicio. En efecto, el Pleno no se involucrará en la forma en que se ejerzan las facultades de requerir información, citar a declarar o realizar visitas de verificación, ni determinará las líneas de investigación que se sigan. Se limitará a señalar si los hechos denunciados ameritan que la Autoridad Investigadora inicie una investigación, cumpliendo su mandato constitucional de garantizar la libre competencia y concurrencia. En consecuencia, se propone modificar el primer párrafo del artículo 70 y adicionar un último párrafo a ese mismo precepto en los términos siguientes:

Artículo 70. La Autoridad investigadora emitirá un dictamen de desechamiento ~~rá~~ por considerar que la denuncia es notoriamente improcedente, cuando:

[...]

La Autoridad Investigadora propondrá al Pleno el desechamiento de las denuncias que considere notoriamente improcedentes. Para tal efecto, dentro de los 15 días siguientes a la presentación de la denuncia o del desahogo de la prevención que en su caso se formule, emitirá el dictamen correspondiente, con el cual, concederá al denunciante una vista de 3 días para que manifieste

lo que a su derecho convenga. El Pleno contará con 15 días para pronunciarse sobre el dictamen de desechamiento, contados a partir del desahogo de la vista concedida, o bien, del vencimiento del plazo para su desahogo. Transcurrido este plazo sin que la Comisión emita su resolución, se entenderá que ha iniciado la investigación. De oficio o a petición de parte, la Autoridad Investigadora deberá emitir el acuerdo de admisión respectivo.

Artículo 71

La iniciativa elimina la publicidad que hoy en día se da a las investigaciones por prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas, mediante la publicación de un extracto del acuerdo de inicio en el DOF. Entendemos que la razón de este cambio tiene como objeto dar mayor eficacia a las visitas de verificación, de tal manera que el investigado no sea alertado de la posible visita con motivo de la publicidad del inicio de la investigación. No obstante, lo que propone la iniciativa es totalmente contrario al principio de transparencia con que debe conducirse la autoridad y, sobre todo, hace nugatorio el derecho de los afectados de participar en el procedimiento, ya sea como coadyuvantes o como denunciantes.

Para lograr el objetivo de dar mayor eficacia a las visitas de verificación sin vulnerar los principios de transparencia ni los derechos de los afectados, se propone que se haga una publicación en el DOF de la existencia de la investigación, en forma posterior a que la CFCE haya hecho las visitas de verificación, pero dentro de un plazo máximo, para que los afectados puedan comparecer como coadyuvantes o denunciantes antes del cierre de la investigación.

En concreto, se proponen las siguientes modificaciones:

Artículo 71. Para iniciar una investigación por prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas se requerirá de una causa objetiva.

Es causa objetiva cualquier indicio de la existencia de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas.

El período de investigación comenzará a contar a partir de la emisión del acuerdo de inicio respectivo y no podrá ser inferior a treinta ni exceder de ciento veinte días.

Este periodo podrá ser ampliado hasta en cuatro ocasiones, por períodos de hasta ciento veinte días, cuando existan causas debidamente justificadas para ello a juicio de la Autoridad Investigadora.

Dentro de los sesenta días siguientes al inicio de la investigación, la Autoridad Investigadora mandará publicar en el Diario Oficial de la Federación un aviso que deberá contener, cuando menos, los hechos investigados, los artículos que se estimen violados y la industria o actividades económicas en que se realice, para que, en un plazo no mayor a cuarenta días, cualquier persona pueda coadyuvar con la Comisión o cualquier interesado, en los términos de esta ley, pueda presentar una denuncia.

La Autoridad Investigadora no podrá tener por concluida la investigación durante el plazo a que se refiere el párrafo anterior.

Artículo 73

Se propone adicionar a este artículo, relativo a las facultades de investigación, los requisitos de relevancia y pertinencia propuestos para los artículos 12, fracción III, y 28, fracción II.

Por otro lado, considerando que las investigaciones pueden iniciarse de oficio, un agente económico no sólo puede tener el carácter de denunciado o tercero coadyuvante, sino también de investigado. Esto se reconoce en la redacción del artículo 113 “o aquél cuyos hechos sean materia de investigación”. No señalar este carácter priva al requerido de la posibilidad de saber su posición frente a la investigación y, por tanto, los derechos humanos que le asisten. De hecho, por esta misma razón, el requisito de señalar el carácter también debe aplicarse a las citaciones.

Por su parte, es necesario que la realización de visitas de verificación se circunscriba, como se hace en la LFCE vigente, a los domicilios del investigado o denunciado, pues es el único que podría en determinado caso pretender ocultar información. La propuesta de la iniciativa consistente en que la oposición a la

realización de la visita de verificación tenga como consecuencia que se presuman ciertos los hechos que se le imputan al eventual infractor en el dictamen de probable responsabilidad, pone de manifiesto la necesidad de que éstas sólo se realicen en el domicilio del investigado o denunciado. La invasión domiciliaria de un tercero coadyuvante es desproporcionada si se considera que está obligado a proporcionar la información que se le requiera y a comparecer ante la autoridad, sin que tenga interés alguno en que la investigación no prospere.

En cualquier caso, es indispensable que se prevea que la Comisión no puede conocer ni utilizar información amparada por el secreto profesional; de lo contrario, se vulnera el derecho a una adecuada defensa.

Por lo expuesto, se propone modificar este artículo en los siguientes términos:

*Artículo 73. La Autoridad Investigadora podrá requerir de cualquier persona los informes y documentos que estime necesarios, **relevantes y pertinentes para corroborar o descartar los hechos investigados**, ~~para realizar sus investigaciones,~~ debiendo señalar el carácter del requerido como denunciado, **investigado** o tercero coadyuvante, citar a declarar a quienes tengan relación con los hechos de que se trate **debiendo señalar también su carácter**, así como ordenar y practicar visitas de verificación **en cualesquiera de las oficinas o instalaciones del investigado o denunciado**, en donde se presuma que existen elementos **necesarios** para la debida integración de la investigación, **teniendo como límite el acceso a información privilegiada por virtud del secreto profesional. Las líneas de investigación que se generen derivado de la transgresión del secreto profesional, así como la evidencia que con motivo de ellas se obtenga, no podrán ser utilizadas para emplazar o resolver el asunto en definitiva.***

Artículo 75

Sobre este artículo, el cual establece las reglas a que deberán sujetarse las visitas de verificación, se observa lo siguiente:

El pleno valor probatorio de los elementos que se obtengan durante la visita debe depender de que se haya respetado la cadena de custodia. De lo contrario, no es posible garantizar que la información que obra en el expediente es exactamente la misma que se obtuvo durante la visita.

Asimismo, es necesario precisar que el pleno valor probatorio es independiente del alcance probatorio de cada prueba, a fin de eliminar los riesgos de una incorrecta interpretación que lleve a la arbitrariedad de considerar que tendrán pleno valor probatorio para acreditar cualquier hecho relacionado con el elemento de convicción de que se trate.

En consecuencia, se propone la siguiente modificación:

[Artículo 75, fracción IV, párrafo cuarto]

*El personal autorizado por la Autoridad Investigadora para llevar a cabo las visitas de verificación, durante el desarrollo de las diligencias, podrá tomar fotografías o video filmaciones o reproducir por cualquier medio papeles, libros, documentos, archivos e información generada por cualquier tecnología o soporte material y que tengan relación con la materia del procedimiento. Las fotografías que se tomen, los videos que se filmen y cualquier otro elemento de información recabado en términos de este artículo, podrán ser utilizados por la Autoridad Investigadora como elementos con pleno valor probatorio **siempre que se respete la cadena de custodia y sin perjuicio del alcance probatorio que los elementos tengan en cada caso.***

Por otro lado, la redacción de la iniciativa sugiere que, en caso de oposición a la visita, se presumirán ciertos los hechos que se plasmen en un acto posterior: el dictamen de probable responsabilidad. Esto genera incertidumbre jurídica para el gobernado, pues no sabe a ciencia cierta qué hechos serán presumidos derivado de su conducta. En consecuencia, se sugiere eliminar esa presunción o, en su defecto, modificar la fracción IV, séptimo párrafo, en los siguientes términos:

[Artículo 75, fracción IV, séptimo párrafo]

Si el visitado, sus funcionarios o los encargados de los establecimientos visitados, no permitieran el acceso al personal autorizado para practicar visitas de verificación, o no proporcionaran la

información y documentos solicitados o si de cualquier manera hubiera oposición a la realización de la visita de verificación, dicha circunstancia se hará constar en el acta respectiva y se presumirán ciertos, **salvo prueba en contrario, los hechos que se concreten en el objeto plasmado en la orden de visita, al dictarse** ~~que se le imputen al eventual infractor en el dictamen de probable responsabilidad, sin perjuicio de la aplicación de las medidas de apremio que se estimen pertinentes y de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir;~~

Artículo 78

El último párrafo del artículo en comento sugiere que el Pleno está habilitado para valorar los elementos de la investigación; no obstante, esta es una función propia de la Autoridad Investigadora por tratarse de las conclusiones de la evidencia recabada. Por ello, permitir la intervención del Pleno en esta instancia es contrario a la separación prescrita desde la Constitución, pues limita una de las dos finalidades de la función investigadora: el cierre. Asimismo, se propicia un prejuizamiento sobre el asunto. En consecuencia, se propone la siguiente redacción:

Artículo 78. Concluida la investigación, la Autoridad Investigadora, en un plazo no mayor de sesenta días, ~~presentará al Pleno un dictamen que proponga:~~

- I. **Solicitará al Pleno ordene al órgano encargado de la instrucción del procedimiento conforme al estatuto orgánico, el inicio de éste, mediante el emplazamiento a los probables responsables, por existir elementos objetivos que hagan probable la responsabilidad del o los agentes económicos investigados, para lo cual deberá remitir el dictamen de probable responsabilidad, o** ~~El inicio del procedimiento en forma de juicio, por existir elementos objetivos que hagan probable la responsabilidad del o los agentes económicos investigados, o~~*
- II. **Dictará** ~~el cierre del expediente en caso de que no se desprendan elementos para iniciar el procedimiento en forma de juicio.~~*

~~En el supuesto previsto en la fracción I, el Pleno ordenará al órgano encargado de la instrucción del procedimiento conforme al estatuto orgánico, el inicio de éste mediante el emplazamiento a los probables responsables.~~

~~En el caso de la fracción II, el Pleno, con base en las constancias que obren en el expediente de investigación, podrá decretar el cierre del expediente u ordenar el inicio del procedimiento seguido en forma de juicio en los términos dispuestos en el párrafo anterior, por existir elementos objetivos que hagan probable la responsabilidad del o los Agentes Económicos investigados.~~

Artículos 79 y 80

En concordancia con lo plasmado a propósito del artículo 78, se sugiere eliminar el artículo 79, pues no habría dictamen que deba someterse a la consideración del Pleno, sólo dictamen de probable responsabilidad.

No obstante, el contenido del dictamen de probable responsabilidad a que se refiere el artículo 80 debiese complementarse con lo que se tenía considerado originalmente en el artículo 79. En efecto, se considera conveniente una explicación sobre la incidencia en el proceso de competencia de las conductas que se pretenden sancionar (pues de no haberlo, sería ocioso perseguir la conducta), así como el análisis de la evidencia a partir de la cual se formula la imputación a fin de garantizar la prerrogativa de defensa del gobernado.

Por último, una preocupación constante de los empleados ha sido que con el oficio de imputación no se acompañan las pruebas que dieron lugar a su emisión, por lo que se ven constreñidos a invertir tiempo y recursos para su reproducción fotográfica en las instalaciones de la CFCE, en detrimento del plazo con que cuentan para contestarlo. Por ello, se sugiere incorporar también un párrafo que obligue a la autoridad a correr traslado con esos elementos de convicción, ya sea de manera física o electrónica.

Con base en lo anterior, se propone eliminar el artículo 79 y modificar el 80 como sigue:

Artículo 80. El procedimiento iniciará con el emplazamiento al o los probables responsables, con el dictamen de probable responsabilidad que deberá contener:

- I. *La identificación del probable responsable;*
- II. *Los hechos materia de la práctica monopólica o concentración ilícita que se le imputen **y su efecto, actual o potencial, en el mercado;***
- III. *Las disposiciones legales que se estimen violadas, y*
- IV. *Las pruebas y los demás elementos de convicción de los que se derive la probable responsabilidad **y su análisis.***

La Comisión deberá acompañar al dictamen de probable responsabilidad la totalidad de las constancias del expediente, ya sea en medios físicos o electrónicos, salvaguardando la información que se hubiese clasificado como confidencial.

Artículo 82

Consideramos importante que la nueva ley sea clara en reconocer los derechos que hoy tiene el denunciante de participar en el procedimiento seguido en forma de juicio y de impugnar, en su caso, la resolución de la Comisión. Al respecto, se propone modificar este artículo como sigue:

*Artículo 82. Quien haya presentado la denuncia que dio inicio a la investigación será coadyuvante de la Autoridad Investigadora en el procedimiento seguido en forma de juicio, **tendrá acceso al expediente, salvo a la información confidencial, y contará con interés jurídico para impugnar la resolución que emita la Comisión.***

Artículo 83, fracción III

Esta disposición establece que no se admitirá como prueba en el procedimiento seguido en forma de juicio la confesional a cargo de autoridades.

Normalmente lo que se evita en procedimientos administrativos es que la autoridad sea citada a desahogar posiciones. Esto se explica debido a que la voluntad de las autoridades administrativas se materializa con la emisión de actos administrativos (oficios, resoluciones, acuerdos, etc.) y no con el

dicho de la persona física que ostente un determinado cargo. Sin embargo, eso no quiere decir que la autoridad no pueda reconocer hechos en sus oficios, resoluciones y acuerdos, máxime que en la iniciativa se considera que la Autoridad Investigadora es parte en el procedimiento seguido en forma de juicio. Por lo tanto, se sugiere la siguiente adición:

Artículo 83. El procedimiento seguido en forma de juicio se tramitará conforme a lo siguiente:

[...]

III. Transcurrido el término que establece la fracción anterior, se acordará, en su caso, el desechamiento o la admisión de pruebas y se fijará el lugar, día y hora para su desahogo. El desahogo de las pruebas se realizará dentro de un plazo no mayor de veinte días, contado a partir de su admisión.

*Son admisibles todos los medios de prueba, excepto la confesional **por posiciones** y la testimonial a cargo de autoridades. Se desecharán aquéllos que no sean ofrecidos conforme a derecho, no tengan relación con los hechos materia del procedimiento, así como aquéllas que sean innecesarias o contrarias a la moral;*

Artículo 83, fracción V

Con el propósito indicado en la propuesta al artículo 82, se sugiere modificar esta fracción como sigue:

*V. Concluido el desahogo de pruebas para mejor proveer, la Comisión fijará un plazo no mayor a diez días para que el probable responsable, **el denunciante en caso de haberlo**, y la Autoridad Investigadora formulen por escrito los alegatos que correspondan, y*

Artículo 84

La iniciativa propone lo siguiente:

Artículo 84. La Comisión goza de la más amplia libertad para hacer el análisis de las pruebas, para determinar el valor de las mismas, unas enfrente de las otras, y para fijar el resultado final de dicha valoración.

La valoración de las pruebas por parte de la Comisión deberá basarse en la apreciación en su conjunto de los elementos probatorios directos, indirectos e indiciarios que aparezcan en el proceso.

La presunción de inocencia es un derecho poliédrico que puede concebirse como regla de juicio. Esta regla ordenaría absolver en todos aquellos casos en los que no haya elementos de convicción suficientes. Lo anterior, presupone la existencia de un estándar probatorio que le indique a la autoridad y al gobernado cuándo la evidencia puede considerarse “suficiente” y, en definitiva, cuándo la presunción de inocencia ha quedado derrotada. Recientemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que la presunción de inocencia es un derecho aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores. En consecuencia, a fin de satisfacer las exigencias de la presunción de inocencia, se considera indispensable insertar un último párrafo en el artículo 84 que prevea un estándar probatorio que sea intersubjetivamente controlable (i.e. que no dependa de las convicciones íntimas de quienes decidan, a fin de eliminar la arbitrariedad) en los siguientes términos:

Para determinar la responsabilidad de los Agentes Económicos mediante prueba indirecta se deberá satisfacer el siguiente estándar probatorio:

- I. La hipótesis de culpabilidad debe tener un alto nivel de corroboración con la información que obra en el expediente y ser congruente con todos los hechos que se desprendan del mismo;**
- II. Debe verificarse que la Autoridad Investigadora haya corroborado hechos predecibles a partir de la hipótesis de culpabilidad, y**
- III. Deben haberse descartado las hipótesis plausibles explicativas de los hechos que se desprendan del expediente, que sean compatibles con la inocencia de los probables responsables.**

Artículo 86

La iniciativa elimina el esquema conforme al cual los agentes económicos pueden ejecutar la transacción cuando no se ha recibido orden en contrario por parte de la CFCE, lo que implicará retrasos injustificados en el cierre de las transacciones que no afectan el proceso de competencia, que son la gran mayoría. Por ello, se propone que la iniciativa retome el esquema de la LFCE vigente, pero incluyendo la disposición que hoy está prevista en el Reglamento que prohíbe la ejecución de la transacción dentro de los 10 días en que la CFCE puede dictar la orden de no ejecución y hasta la emisión de la resolución, en caso de que se dicte dicha orden.

De no prosperar la modificación propuesta en el párrafo anterior, se propone modificar el tercer párrafo del artículo 86 como sigue, para que no se imponga a los fedatarios públicos la carga de analizar si la transacción era o no notificable, lo cual no debe corresponderles pues no son expertos en materia de competencia económica.

*Los actos relativos a una concentración **notificada** no podrán registrarse en los libros corporativos, formalizarse en instrumento público ni inscribirse en el Registro Público de Comercio hasta que se obtenga la autorización favorable de la Comisión o haya transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 90, fracción V, sin que el Pleno haya emitido resolución. **Para estos efectos, la Comisión publicará en su página de Internet una lista de las concentraciones que hayan sido notificadas.***

Artículo 87

En esta disposición, la iniciativa reproduce parcialmente el texto del artículo 17 del Reglamento vigente como sigue:

Artículo 87. Los Agentes Económicos deben notificar la concentración a que se refiere el artículo anterior antes de que suceda cualquiera de los siguientes supuestos:

- I. El acto jurídico se perfeccione de conformidad con la legislación aplicable o, en su caso, se cumpla la condición suspensiva a la que esté sujeto dicho acto;*

- II. *Se adquiera o se ejerza directa o indirectamente el control de hecho o de derecho sobre otro Agente Económico, o se adquieran de hecho o de derecho activos, participación en fideicomisos, partes sociales o acciones de otro Agente Económico;*
- III. *Se lleve al cabo la firma de un convenio de fusión entre los Agentes Económicos involucrados, o*
- IV. *Tratándose de una sucesión de actos, se perfeccione el último de ellos, por virtud del cual se rebasen los montos establecidos en el artículo anterior.*

Las concentraciones derivadas de actos jurídicos realizados en el extranjero, deberán notificarse antes de que surtan efectos jurídicos o materiales en territorio nacional.

Al respecto, se sugiere eliminar la fracción III, pues el supuesto ahí previsto ya está implícito en la fracción I, además de que de acuerdo con la Ley General de Sociedades Mercantiles una fusión no puede tener efectos con la firma de un convenio sino hasta que las asambleas de accionistas la hayan aprobado y se inscriban los acuerdos respectivos en el Registro Público de Comercio.

Artículo 90, fracción V

En esta disposición, la iniciativa amplía el plazo que tiene la Comisión para emitir resolución en los procedimientos de notificación de concentraciones a 60 días hábiles.

Se propone regresar al plazo de 35 días hábiles previsto en la LFCE vigente, lo cual sería acorde con la prontitud que exigen las fusiones y adquisiciones.

Artículo 94

Este artículo establece que *“La Comisión iniciará de oficio, a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría, el procedimiento de investigación de mercado para determinar la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia o de insumos esenciales”*, cuyas etapas generales son las siguientes:

- a. Acuerdo de inicio dictado por la Autoridad Investigadora.
- b. Período de investigación con plazo de 30 a 120 días hábiles, el cual podrá ser ampliado hasta en dos ocasiones.
- c. Dentro de los 60 días hábiles siguientes a la conclusión de la investigación, si existen elementos para determinar la existencia de barreras a la competencia o de insumos esenciales que requieran ser regulados por afectar el proceso de competencia y libre concurrencia, se emitirá un dictamen preliminar, en el que se propongan las medidas correctivas. De no existir dichos elementos se acordará el cierre del expediente.
- d. Manifestaciones y ofrecimiento de pruebas de los agentes económicos con interés jurídico, dentro de los 20 días hábiles siguientes.
- e. Desahogo de pruebas y orden de desahogo de pruebas para mejor proveer, en su caso.
- f. Formulación de alegatos, dentro de un plazo no mayor a 10 días hábiles contados a partir del desahogo de las pruebas.
- g. Emisión de la resolución en un plazo no mayor a 60 días hábiles contados a partir de la presentación de los alegatos o del vencimiento del plazo para presentarlos.

Asimismo, el artículo establece las consecuencias a que puede dar lugar el desahogo de este procedimiento, que son: (i) la eliminación de barreras a la competencia y libre concurrencia, (ii) la regulación de insumos esenciales o (iii) la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos detectados por la Comisión.

Respecto de las barreras a la competencia la iniciativa no define en forma alguna ni establece criterios para determinar qué es una barrera a la competencia o libre concurrencia, lo que constituye un factor de incertidumbre e inseguridad jurídica para cualquier agente económico. Por ello, consideramos necesario que la ley establezca con claridad y de forma exhaustiva el alcance de dicho concepto.

Respecto de los insumos esenciales, si bien en el artículo 60 se establecen ciertos elementos para determinar su existencia, esos elementos son sumamente amplios, por lo que se considera necesario que en este caso la iniciativa también establezca de manera exhaustiva los criterios conforme a los cuales habrá de calificarse a un insumo como esencial. Se sugiere que entre dichos criterios se incluyan aquellos orientados a industrias relacionadas con infraestructura, como es el caso de puertos, aeropuertos y redes ferroviarias, donde efectivamente se puede hablar de insumos esenciales.

Adicionalmente, no queda claro si la calificación de “insumo esencial” se hará en el procedimiento de investigación y sanción de prácticas monopólicas relativas o si será necesario que previamente se desahogue el procedimiento previsto en el artículo 94. Lo anterior, dado que la limitación del acceso y el estrechamiento de márgenes al establecer el precio de acceso a dichos insumos, se han agregado en la iniciativa como prácticas monopólicas relativas y que la fracción VI del artículo 120 establece como sanción la regulación del acceso a insumos esenciales por haber incurrido en una de esas prácticas.

En cuanto a la desincorporación de activos, con el objeto de evitar la intromisión injustificada de la autoridad en el mercado y ofrecer seguridad jurídica a los gobernados, se propone que la facultad de ordenar dicha desincorporación se pueda ejercer únicamente como la aplicación de una sanción por haber cometido violaciones a la LFCE, tal y como lo propone la iniciativa en el artículo 122.

Por otra parte, se considera conveniente que el procedimiento de regulación de insumo esencial y de barreras a la competencia pueda iniciarse también a petición del demandante del insumo esencial, o bien, del afectado por las barreras a la competencia, respectivamente. Son precisamente estas personas las que resienten los efectos anticompetitivos de estas situaciones.

Asimismo, se sugiere que al igual que en el artículo 96 (declaratorias de poder sustancial), se publique en el DOF un extracto del acuerdo de inicio, a fin de que las personas interesadas puedan coadyuvar con la Comisión.

De esta forma, además de establecer criterios claros y exhaustivos sobre lo que debe considerarse como barreras a la competencia e insumos esenciales, se propone modificar el artículo 94 de la siguiente manera:

Artículo 94. La Comisión iniciará de oficio, **a petición del demandante del insumo de que se trate o del afectado por las barreras a la competencia, según corresponda,** o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría, el procedimiento de investigación de mercado para determinar la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia o de insumos esenciales, mismo que se realizará conforme a lo siguiente:

[Fracción I]

La Autoridad Investigadora dictará el acuerdo de inicio **y publicará en el Diario Oficial de la Federación un extracto del mismo, el cual deberá contener el insumo de que se trate o el mercado materia del procedimiento con el objeto de que cualquier persona pueda coadyuvar en dicha investigación. El extracto podrá ser difundido además, en cualquier otro medio de comunicación cuando el asunto sea relevante a juicio de la Comisión.**

A partir de la **publicación del extracto** ~~emisión de éste~~ comenzará a contar el período de investigación, el cual no podrá ser inferior a treinta ni exceder de ciento veinte días. Dicho periodo podrá ser ampliado por la Comisión hasta en dos ocasiones cuando existan causas que lo justifiquen;

[Segundo párrafo del artículo]

La resolución podrá incluir la eliminación de barreras a la competencia y libre concurrencia **o** ~~la regulación de insumos esenciales o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los Agentes Económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos detectados por la Comisión.~~ La resolución que emita sobre la existencia de un insumo esencial incluirá, en su caso, la modalidad de acceso al insumo esencial, la regulación de precios o tarifas, condiciones técnicas y de calidad, y el calendario de aplicación.

[Último párrafo del artículo]

~~La resolución relativa a la desincorporación de activos a que se refiere el presente artículo no constituye la sanción a que se refiere el artículo 122 de esta ley.~~