



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE ESTUDIOS SOBRE EL COMERCIO EXTERIOR

**MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO DE
INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPOLICAS RELATIVAS**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

ABRAHAM MORALES MUÑOZ

ASESOR :

MTRO.MIGUEL FLORES BÉRNES.





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE ESTUDIOS SOBRE
EL COMERCIO EXTERIOR

OFICIO APROBATORIO No. L .01/2012

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM
P R E S E N T E

Distinguido señor Director:

Me permito informarle que la tesis para optar por el título de licenciatura, elaborada por el pasante en Derecho **ABRAHAM MORALES MUÑOZ**, con el número de cuenta **406030748** en este Seminario, bajo la dirección del **LIC. MIGUEL FLORES BERNÉS**, denominada "**MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS RELATIVAS**" satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D.F., a 13 de enero de 2012

DR. JUAN MANUEL SALDAÑA PÉREZ
Director del Seminario



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
ESTUDIOS SOBRE EL
COMERCIO EXTERIOR

Quiero empezar esto agradeciendo primeramente a Dios por todo lo que hasta hoy he podido lograr ya que nunca me ha dejado, a Él la gloria. Así mismo quiero agradecer a mis Padres Vicente y María del Socorro por el sustento diario (tanto económico, oraciones y apoyo anímico en los momentos más difíciles en estos últimos 6 años), siempre les agradeceré la posibilidad de ser Universitario y dejarme estudiar en la que también es su "*alma mater*". A mis hermanos Vicente y Aura por su ayuda, apoyo y respaldo desde Saltillo son un ejemplo constante de hermandad a pesar de vivir lejos desde hace ya varios años, gracias porque Saltillo nunca dejó de ser mi hogar. Agradezco a mi novia Jessica su apoyo emocional en mi última etapa de estudiante y en el proceso de escribir mi tesis, ha sido una gran compañera en todo este tiempo, apoyándome todos los días en mejorar mi tesis y así forzarme a tener avances cada vez que platicábamos.

A mi abuela Socorro, gracias por darme techo, comida y alegrías en mi tiempo de estudiante, por tratarme como a uno de sus hijos y cuidarme tanto, Dios la siga bendiciendo y la mantenga en Salud. También a mi tía Martha que cuando necesitaba silencio podía ir a su casa a concentrarme, aunque después terminábamos platicando, siempre su casa fue un buen refugio en mis tiempos de estrés, a mi tía Alicia que Dios me mostró en muchos aspectos su provisión a través de ella, gracias por sus consejos que nutrieron mi vida y sus dulces que nutrieron mi barriga. Familia Olivares Muñoz gracias por ser una buena distracción en los fines de semana y por tener siempre abiertas las puertas de su casa para mí, familia Muñoz Zepeda, visitarlos en vacaciones y jugar con ellos siempre fue un incentivo para terminar pronto el semestre, Familia Muñoz Abarca, gracias por todos los regalos del tío Alfredo y por estar al pendiente de mi paso por la Universidad. A todos mis compañeros de casa: Julio, Jaime, Oscar, Germán, Laura y Miguel, gracias por ayudarme a hacer la vida más leve y tener con quien estar al final del día.

Quiero agradecer a todos mis profesores de la UNAM por todo lo que aprendí de ustedes teoría y práctica lo cual brinda nuestra Máxima Casa de Estudios, en especial a Miguel Flores Bernés, mi asesor de tesis, quien después de un semestre de clases me contagió el interés por la competencia económica, materia en la cual he escrito mi tesis y por sus constantes consejos y asesorías a través de este proceso, gracias por todo el material que me proporcionó y por estar al pendiente de mi avance, así como a su equipo de trabajo. A mis asesores de Concurso CAM Carmen y Raúl que al día de hoy han llegado a ser mis amigos, gracias por su formación en ese año de gran crecimiento académico; Fernando, un gran compañero de equipo en las buenas y en las malas y últimamente mi Gurú de titulación con todos sus consejos.

A todo mi grupo de amigos de Vida Estudiantil por su generosidad, guianza y compañía cuando nadie más podía entenderme, encontré personas que si lo hacían. A mis amigos del "huacal" (ustedes saben a quien me refiero) y que sigo frecuentando a pesar de que los conocí al final de la carrera, siempre me hicieron reír.

Finalmente a todos los omitidos por error o por mi mala memoria, gracias por estar ahí.

Índice

Capítulo 1	Prácticas Monopólicas Relativas.....	2
1.1	Definición de prácticas monopólicas relativas	3
1.2	Características de las prácticas monopólicas relativas;.....	5
Capítulo 2	Procedimiento seguido ante las prácticas monopólicas relativas;	13
2.1	Etapa de investigación. (Artículos 30, 31, 31bis y 32 LFCE)	16
2.2	Procedimiento seguido en forma de Juicio. (Artículo 33 LFCE).....	21
Capítulo 3	Medidas Cautelares en el Derecho mexicano.	25
3.1	Concepto de Medidas Cautelares;	25
3.2	Código Federal de Procedimientos Civiles	29
3.3	Leyes administrativas que contienen las medidas cautelares;.....	37
3.3.1	Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo	37
3.3.2	Ley de Protección al Consumidor.....	40
3.3.3	Ley de Propiedad Industrial.....	42
3.4	Jurisprudencias dictadas sobre medidas cautelares;	44
3.5	Figuras que se pueden aplicar a las medidas cautelares;	47
3.5.1	Previa audiencia de la contraparte	47
3.5.2	Garantía o caución.....	49
3.5.3	Pago de daños y Perjuicios.....	54
Capítulo 4	Medidas Cautelares en materia de competencia en otras legislaciones...56	
4.1	Legislación Española;	57
4.2	Legislación Francesa;	66
4.3	Legislación Italiana;.....	70
4.4	Legislación Argentina;.....	75
Capítulo 5	Propuesta de artículo que regule medidas cautelares en la LFCE	79
5.1	Artículo resultado del proceso de reforma 2011	81
5.2	Propuesta de Artículo 34-bis 4	91
5.3	Criterios Técnicos para la Determinación de Caución.	94
	Conclusiones.....	96
	Bibliografía	101

Capítulo 1 Prácticas Monopólicas Relativas

El 24 de diciembre de 1992, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Competencia Económica (desde ahora LFCE), pero es hasta junio de 1993 que esta ley entra en vigor dando origen a así a la política de competencia tal como la conocemos el día de hoy. Esta ley es reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de competencia, monopolios y libre concurrencia, en el cual se establece que se prohíben en México los Monopolios, prácticas monopólicas y estancos... además se castigarán severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia toda concentración o acaparamiento¹.

Si bien existen precedentes a la LFCE sobre la existencia de un derecho de la competencia, no nos detendremos a estudiarlos debido a que son muy aislados y no son de gran relevancia para el tema en particular. A lo largo de esta ley existen tres figuras específicas que son descritas, reguladas y sancionadas por la Comisión Federal de Competencia Económica (desde ahora COFECO), estas figuras son: Prácticas monopólicas absolutas (artículo 9 LFCE), prácticas monopólicas relativas, tema principal de este capítulo (artículo 10 LFCE) y concentraciones (artículo 16 LFCE).

¹ GARCIA CASTILLO Tonatiuh, *Ley Federal de Competencia Económica. Comentarios, Concordancias y Jurisprudencias*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, México, 2003, p. 11.
PATIÑO MANFER, Ruperto, *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, Breves comentarios acerca de la Ley Federal de Competencia Económica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, México, 1994, p.111.

1.1 Definición de prácticas monopólicas relativas

Las prácticas monopólicas relativas, a veces conocidas como abusos de dominancia reflejados en los acuerdos verticales prohibidos en las legislaciones de competencia de cada país. Es por eso que es necesario el definir que es un acuerdo vertical para poder arribar a la definición de práctica monopólica relativa. Los acuerdos verticales son definidos como:

Acuerdo o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresarios que operen a efectos del acuerdo en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios, por ejemplo, acuerdos entre fabricantes y distribuidores, o entre distribuidores y mayoristas².

Otros autores podrían decir de una forma más simple, pero no menos acertada que son “restricciones impuestas por el vendedor al comprador (o viceversa), a lo que se denomina relación vertical”³. Sin descartar ninguna es que se debe de avanzar con el tema, ya que si bien la segunda definición no es tan amplia, hace énfasis que no solo se pueden presentar estos acuerdos entre vendedor y comprador, sino que también en viceversa.

Estos acuerdos son una práctica común entre los productores, ya que se llevan a cabo con el fin de reducir los costos de transacción, garantizar la estabilidad

²VELASCO SAN PERDO, Luis Antonio, voz “Acuerdos Verticales” Diccionario de Derecho de la Competencia, Editorial Iustel, Primera edición, España, 2006, p. 121.

³GELLHORN Ernest, KOVACIC William E., *et al*, Derecho y Economía de la Competencia, Casals & Associates, Inc., México, 2004, p. 298.

de los recursos y una mejor coordinación de las acciones⁴ incluso pueden llegar a ser económicamente eficientes, y resultar en un beneficio para los consumidores en cuestión de precio y abasto de los productos, por lo tanto estos acuerdo a diferencia de los acuerdos horizontales no son considerados *per se* ilegales, sino que normalmente se prohíben solo a los agentes económicos dominantes pero aún en estos casos los agentes pueden defenderse argumentando las eficiencias ya mencionadas⁵. La Comisión Federal de Competencia Económica define las prácticas monopólicas relativas como: “acciones que realizan empresas dominantes, encaminadas a desplazar indebidamente u obstaculizar la entrada al mercado de otros agentes económicos.”⁶

Una vez estudiada la definición de prácticas monopólicas relativas, es necesario señalar que cada legislación establece los criterios para perseguir un acuerdo que viola la LFCE, es por eso que nos dirigimos al artículo 10 de la LFCE para poder contestar la siguiente pregunta: ¿Qué características debe reunir el acuerdo vertical, para ser considerado una práctica monopólica relativa a la luz de la LFCE?

⁴MOTTA, Massimo, Competition Policy. Theory and Practice, Cambridge University Press, United States of America, 2004, p.302.

⁵PEREDO RIVERA, Amilcar, Competencia Económica: Teoría y Práctica, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 2004, p. 149.

⁶COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONOMICA, “Prácticas Monopólicas Relativas”, México, 2011, www.cfc.gob.mx, p.3.

1.2 Características de las prácticas monopólicas relativas;

Antes de adentrarnos a estas características es importante advertir que esta ley al ser muy específica y especializada, contiene un gran número de conceptos técnicos tales como “mercado relevante y poder sustancial”, que sirven para determinar la existencia o no existencia de prácticas monopólicas. Esta ley al no contener una definición formal de estos conceptos en sus inicios generó muchos comentarios en el sentido de que esta transgrede los principios de legalidad, seguridad jurídica y división de poderes. A lo cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación (desde ahora SCJN) se ha manifestado de la siguiente manera:

Aún cuando la referida ley no contiene una definición formal de lo que debe entenderse por cada uno de estos conceptos, sí establece en sus artículos 12 y 13, entre otros, los criterios que permiten comprender su significado, lo que basta para concluir que no transgrede los principios de legalidad, seguridad jurídica y división de poderes establecidos, respectivamente, en los artículos 14, 16 y 49 de la Constitución Federal, pues no se deja a la autoridad administrativa encargada de la aplicación de la ley, la definición de esos conceptos.⁷

Una vez superado el primer gran obstáculo que se podría interponer para el estudio de estas prácticas es que podremos continuar. Para que un acuerdo vertical sea considerado una práctica monopólica relativa por la CFC, debe encuadrar en el tipo descrito en la LFCE, este apartado se encuentra en los artículos 10, 11, 12, 13. Como mencioné con anterioridad la presente ley en materia de competencia económica suele ser muy técnica y un artículo te lleva a otro es por eso que a continuación he enlistado cuatro supuestos que debe

⁷ Tesis: P. CXIII/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XII, Agosto de 2000, p. 107.

cumplir un acuerdo vertical para que este se convierta en una práctica monopólica relativa sancionable ante la ley.

(i) Supuesto Se deben de comprobar los supuestos en los artículos 11, 12 y 13 de la LFCE, los cuales son:

El Artículo 11 señala que el presunto responsable debe tener poder sustancial sobre el mercado relevante y además que se realicen las prácticas respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate.

El Artículo 12 establece los criterios a considerarse para poder definir un mercado relevante, los cuales son las posibilidades de sustituir el bien o servicio por otro, tanto de origen nacional como extranjero; los costos de distribución del bien y de sus sustitutos desde otros lugares, teniendo en cuenta fletes y restricciones; y costos y probabilidades que tienen los consumidores para acudir a otros mercados⁸.

En la exposición de motivos de la ley se resalta lo delicado que podría ser una determinación errónea de un mercado relevante “Una definición de mercado relevante demasiado laxa eximiría cualquier conducta, mientras que una

⁸ COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONOMICA, “Exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica”, México, 2011, www.cfc.gob.mx.

propuesta demasiado estrecha prohibiría muchas actividades necesarias para operar con eficacia.”⁹

En el año 2008 se emitió una jurisprudencia que define lo que es el mercado relevante:

En forma más simple, el "mercado relevante" es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares, lo que le otorga una doble dimensión: De productos o servicios y geográfica o territorial. En esa tesitura, para que exista mercado relevante es necesario que un conjunto de bienes o servicios iguales o similares estén al alcance del consumidor en un territorio lo suficientemente extenso como para que el consumidor esté dispuesto a obtener la mercancía o servicio en algún punto de ese espacio geográfico, en el tiempo en que aquél esté dispuesto a esperar para satisfacer su necesidad.¹⁰

Francisco González de Cossío define mercado relevante como “cualquier contexto dentro del cual una venta o una compra de un producto o servicio tiene lugar, ya sea físico o no.”¹¹

El Artículo 13 enlista los criterios para determinar si el agente económico tiene o no poder sustancial en el mercado.

- a) La participación en dicho mercado, en el artículo 11 del Reglamento de la Ley Federal de competencia Económica se describen los criterios a valorar para determinar la participación en el mercado: “se tomarán en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o

⁹ *ídem*

¹⁰ Tesis: I.4o.A. J/75, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXVIII, Octubre de 2008, p. 2225.

¹¹ GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, *Competencia Económica Aspectos Jurídicos y Económicos*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 75.

- cualquier otro factor que la Comisión determine”¹². y si puede fijar precios unilateralmente o restringir de manera importante el abasto sin que los competidores puedan contrarrestarlo;
- b) La existencia de barreras a la entrada de otros bienes.
 - c) La existencia y poder sustancial de sus competidores.
 - d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumo.
 - e) Su comportamiento reciente.
 - f) Los demás criterios que se establezcan en el reglamento¹³. “El grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado relevante; La falta de acceso a importaciones o la existencia de costos elevados a la internación; La existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores.”¹⁴

El Dr. Jorge Witker señala: *“La determinación de poder sustancial en un mercado relevante debe hacerse en función de la participación de los agentes económicos, es decir, la parte que dicho agente abastece o le corresponde en dicho mercado. La participación puede ser evaluada con base en el volumen de ventas, número de clientes, capacidad de producción, etc.”*¹⁵

¹² “Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica”, Artículo 13, Diario Oficial de la Federación, México, 2007.

¹³ “Ley Federal de Competencia Económica”, Diario Oficial de la Federación, artículo 13, México, 1992.

¹⁴ “Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica”, op. cit., nota 12, artículo 13.

¹⁵ WITKET, Jorge, Valera, Angélica, *Derecho de la Competencia Económica en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 131.

Es ahora que podemos definir el poder sustancial del mercado como la capacidad de un o varios agentes económicos de restringir el abasto o fijar un precio sin que la competencia pueda hacer algo para contrarrestarlo¹⁶. Francisco González de Cossío define al poder sustancial de mercado como la habilidad de un agente o un grupo de agentes económicos para influenciar y/o incrementar los precios o reducir abasto con la finalidad de extraer ganancias supra competitivas, aunadas a la inhabilidad de los competidores para contrarrestar dicho poder.¹⁷

El poder sustancial en el mercado no es por sí mismo un efecto en contra de la competencia, los agentes económicos no serán castigados por el simple hecho de ser exitosos, de ser así limitaría el proceso de la libre competencia puesto que esto produciría que los competidores pierdan el deseo de mejorar sus productos o de disminuir los precios a través de las mejoras en métodos de producción.¹⁸ En resumen solo que castiga a un competidor cuando este abusa del poder sustancial que tiene y lleva a cabo una de las conductas mencionadas en el siguiente punto.

(ii) Supuesto “Artículo 10 Los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles

¹⁶ FLORES BERNES, Miguel, “Ley Federal de Competencia Económica Comentada”, <http://www.competenciaeconomica.com.mx>, México 2010. p. 22.

¹⁷ GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, op. cit., nota 11, p. 84.

¹⁸ COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONOMICA, op. cit., nota 6, p.9.

sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas.”¹⁹

Cabe resaltar que aunque el objeto de estas conductas no sea el descrito, basta con que simplemente el efecto de la existencia de los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones sea el mencionado en el la ley.²⁰ Aunque existen casos en los que el objeto anteriormente citado se encuentra plasmado en algún acuerdo, en la mayoría de los casos este objeto no se encuentra en un acuerdo y por lo tanto es necesario que la COFECO de muestre el efecto de los acuerdos verticales.

(iii) Supuesto Deben de encuadrarse los tipos enlistados desde la fracción I a la XI del artículo diez de la LFCE. Lo cual es muy importante porque les da a los agentes económicos una seguridad jurídica sobre las situaciones en las cuales se puede iniciar una investigación.

- a) Imposición o establecimiento de restricciones verticales (a proveedores o distribuidores);
- b) Restricción vertical de precios (a proveedores o distribuidores);
- c) Ventas atadas (condicionar la venta de un bien a la compra de otro);
- d) Exclusividades (distribución exclusiva de bienes o servicios);

¹⁹ “Ley Federal de Competencia Económica”, op. cit., nota 13, artículo 10.

²⁰ FLORES BERNES, Miguel, op. cit., nota 16, p. 22.

- e) Negativa de trato;
- f) Descuentos por lealtad;
- g) Discriminación en precios (establecer precios o condiciones de venta distintos a agentes en igualdad de circunstancias);
- h) Boicot (ejercer presión entre varios competidores contra otro agente económico);
- i) Depredación de precios (la venta sostenida de bienes por debajo de su costo con el objetivo de incrementarlos posteriormente);
- j) Subsidios cruzados; e
- k) Incremento de costos de competidores.

(iv) Supuesto Es necesario que dichos actos u omisiones hayan tenido un impacto negativo en la competencia y eficiencia económica²¹.

A esto se le llama el principio de la regla de la razón (rule of reason), como anteriormente ya mencionamos que estas prácticas no son *per se* ilegales (lo cual significaría que por el simple hecho de encontrarse la existencia de estos acuerdos deberían de ser castigados sin la necesidad de realizarse un estudio de efectos anticompetitivos²²), es por eso que a pesar de que se demuestre la existencia de estos acuerdos ante la CFC, el agente económico investigado podrá demostrar en su favor ganancias en eficiencia derivadas de las prácticas encontradas en el acuerdo. El principio de la regla de la razón se encuentra en el

²¹ GARCIA CASTILLO, Tonatiuh, op. cit., nota 1, p.70.

²² GARCIA RODRIGUEZ, Sergio Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, México, 1994, p.44.

último párrafo del artículo 10 de la LFCE, así como el catálogo de ganancias en eficiencia que el agente económico investigado puede hacer valer.²³

La llamada regla de la razón es utilizada por primera vez en Estados Unidos por primera vez en el caso *Standard Oil Co. v. United States* de 1911 la Suprema Corte establece que solo las restricciones al comercio que no sean razonables serían ilegales.²⁴ Pero deja de ser una excepción y comienza a ser una regla hasta el caso *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* en 1977. En este caso la empresa Continental argumentaba que se debería aplicar la regla *per se* a los acuerdos verticales, tal como se había aplicado en 1967 en el caso *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, mientras que Sylvania argumentaba que la regla de la razón debería aplicarse a los contratos verticales que no incluyeran un mantenimiento de precio de reventa.²⁵ Sin embargo la Suprema Corte fue más lejos cuando estableció que “si el fabricante se desprendía de la propiedad del bien, no sería razonable el que este imponga restricciones al comercio, pero que si no se desprendía de la propiedad, del riesgo y el dominio del producto, la función del distribuidor en cuestión son, de hecho, indistinguibles de las de un agente o vendedor del fabricante.”²⁶

²³ *Ibidem*, p.51.

²⁴ PEREDO RIVERA, Amilcar, op. cit., nota 5, p. 149.

²⁵ GELLHORN Ernest, KOVACIC William E., *et al.*, op. cit., nota 3 p.298.

²⁶ U.S. Supreme Court, *CONTINENTAL T. V., INC. v. GTE SYLVANIA INC.*, 433 U.S. 36 (1977)

Capítulo 2 Procedimiento seguido ante las prácticas monopólicas relativas;

Si bien ya pudimos definir lo que es una práctica monopólica relativa, su importancia en la ley y el alcance de los efectos de esta, es de suma importancia estudiar el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas relativas, para conocer el tiempo que este procedimiento toma desde su denuncia hasta que es sancionada la práctica, en relación a el bien jurídico protegido en este y el fin de este procedimiento, y como resultado de este estudio podamos ser conscientes por cuestiones de conservar el bien jurídico tutelado de la necesidad de las medidas cautelares en el procedimiento encontrado en la Ley Federal de Competencia Económica.

Antes de entrar a estudiar como se substancia el procedimiento es importante señalar el fin último del mismo, ya que sin saber el porque de este de nada nos servirá explicar el como, debido a que la premisa de la importancia de las medidas cautelares en este procedimiento de investigación nace en su objeto y se respalda en como es desarrollado. Existe una tesis de aislada dictada en el año 2007 por el Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito referente a los fines del procedimiento de investigación de prácticas monopólicas que refiere lo siguiente.

“La Comisión Federal de Competencia tiene la facultad de investigar con la finalidad de eliminar los monopolios y las prácticas monopólicas o de concentración que prohíbe el artículo 28 de la Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos, para que tales conductas sean sancionadas, y obligar a que dejen de realizarse para evitar con ello la afectación a los intereses de los consumidores. Así, la mencionada comisión debe velar e indagar dentro del procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, en aras del interés social, sobre la libre concurrencia económica, para lo cual la referida ley establece determinadas normas prohibitivas o imperativas, capaces incluso de limitar los derechos fundamentales de los individuos.²⁷

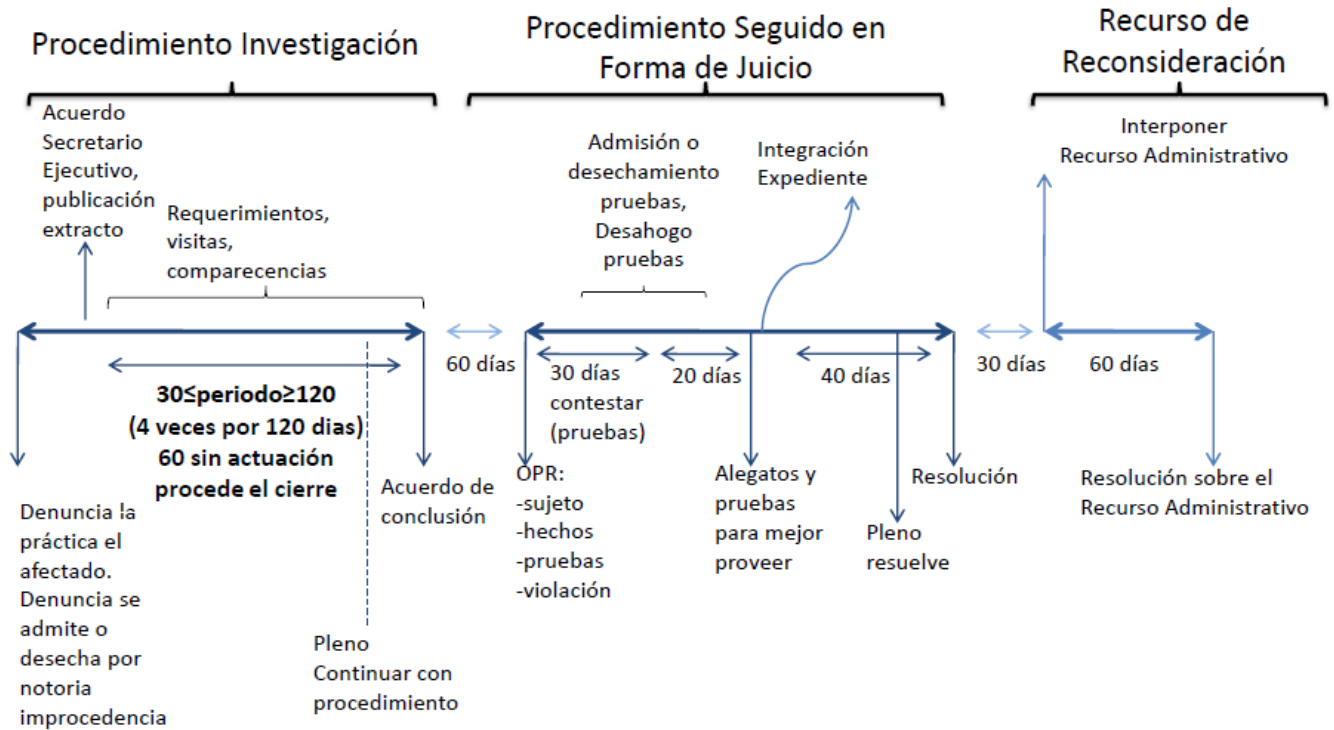
El procedimiento que se sigue para investigar y sancionar se encuentra descrito en el capítulo IV de la LFCE, este consta de dos etapas (i) Etapa de Investigación y (ii) Etapa seguida en forma de Juicio.²⁸ Estas etapas son autónomas y diferentes entre sí, debido a que en la primer etapa el objeto es emitir un oficio de presunta responsabilidad en caso de que existan elementos suficientes para sustentar la existencia de prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas por la ley de la materia y, el del segundo, sancionar las infracciones a dicha ley, con la posibilidad de imponer condiciones u ordenar la desconcentración parcial o total de lo concentrado indebidamente o la terminación del control o la supresión de los actos.²⁹

²⁷ Tesis: I.4o.A.583 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, Julio de 2007, p. 2464.

²⁸ FLORES BERNES, Miguel, op. cit., nota 16, p. 1.

²⁹ Tesis: I.17o.A.10 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, Febrero de 2010, p. 2808.

Investigación Prácticas Monopólicas Relativas



Cuadro 1³⁰

Si bien es cierto que una jurisprudencia fija como tres las etapas del procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, tomando en consideración las dos anteriormente mencionadas más la que considera como tercera que es la etapa de impugnación vía recurso de reconsideración.³¹ Esto se debe a que en verdad el procedimiento seguido en la COFECO se termina hasta que es agotado este recurso, sin embargo en este capítulo es importante recalcar que lo que se busca es estudiar el procedimiento desde su inicio hasta

³⁰FLORES BERNES, Miguel "Laminas de procedimientos", México 2010 Competencia, <http://competenciaeconomica.com.mx/temarios/unam.html>

³¹ Tesis: I.4o.A. J/50, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, Mayo de 2007, p. 1690.

que la COFECO llegue a una determinación y resultado de esta determinación, pueda sancionar a los agentes responsables de llevar a cabo dicha práctica. Situando este momento como al final de la etapa seguida en forma de juicio.

2.1 Etapa de investigación. (Artículos 30, 31, 31bis y 32 LFCE)

Esta etapa comienza de oficio o a petición de parte de un agente económico que denuncia obtiene las siguientes ventajas procesales: Al denunciante se le da el carácter de coadyuvante en la investigación; El coadyuvante tiene el derecho de presentar el recurso de reconsideración en caso de considerarlo necesario, en los casos que la actuación de la Comisión le parezca insuficiente o esté inconforme con esta. Cuando esta ley entró en vigor dio pie a varias razones por las cuales los representantes legales de los agentes económicos investigados recurrieron al Juicio de Amparo a continuación se estudiará cada una de las razones: a) El procedimiento iniciado de oficio viola la garantía de audiencia; b) El procedimiento de investigación afecta el interés jurídico del agente investigado; c) Una vez iniciada la investigación solicitar la suspensión del acto reclamado al recurrir al procedimiento de amparo.

- a) El que este procedimiento comience de oficio podría ser violatorio de la garantía de audiencia, ya que estiman que la COFECO debería de escuchar a la parte afectada para entonces iniciar una investigación. Por lo que la Suprema Corte se ha manifestado a través de una tesis aislada afirmando lo siguiente.

El referido procedimiento, tiene la finalidad de prevenir o descubrir prácticas monopólicas, por lo que por sí mismo, no puede ser violatorio de la garantía de audiencia que establece el artículo 14 constitucional, en virtud de que no tiene como objetivo la privación definitiva de bienes o derechos de los gobernados, sino sólo allegarse documentos, testimonios y otros elementos para lograr aquella finalidad, actuaciones que se traducen en actos de molestia y que, de acuerdo con el artículo 16 constitucional, sólo requieren estar fundados y motivados. De aceptarse la postura de que no se pueda realizar una investigación oficiosa si no se ha escuchado previamente al supuesto afectado, no se podría cumplir la finalidad del artículo 28 de la Constitución Federal, pues precisamente la imposibilidad de la instauración oficiosa de una investigación implicaría que no se pudiera detectar quién incurre en ese tipo de prácticas³².

Con esta Jurisprudencia queda claro que el procedimiento de investigación de la COFECO iniciado de oficio no vulnera la garantía de audiencia.

b) El procedimiento de investigación afecta el interés jurídico del agente investigado

El procedimiento de investigación de prácticas monopólicas seguido por la Comisión Federal de Competencia consta de tres etapas: investigación, audiencia en forma de juicio e impugnación. En ese contexto, las actuaciones practicadas durante la primera de esas etapas no trascienden a la esfera jurídica de los agentes económicos denunciados para efectos de la procedencia del juicio de amparo... pues su objetivo es recabar los medios de prueba que permitan presumir la existencia de actos o prácticas prohibidos por la Ley Federal de Competencia Económica.³³

A través de esta Jurisprudencia se señalan las etapas del procedimiento seguido contra las prácticas monopólicas, lo más importante es que deja claro que en la etapa de investigación solo se recaban los medios de prueba para presumir la existencia de la práctica y por lo tanto no trasciende la esfera jurídica del denunciado.

³² Tesis: P. CXIII/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, Agosto de 2000, p. 104.

³³ Tesis: I.4o.A. J/50, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, Mayo de 2007, p. 1690.

- c) Una vez iniciada la investigación, solicitar la suspensión del acto reclamado al recurrir al procedimiento de amparo.

De suspenderse ese procedimiento se contravendría el artículo 124 de la Ley de Amparo, porque la sociedad se encuentra interesada en que no se detengan ni paraliquen hasta llegar al objetivo para el cual fueron sustanciados, porque su prosecución es de orden público e interés social. Por consiguiente, es improcedente conceder la suspensión definitiva en contra del procedimiento de la Comisión Federal de Competencia Económica que pueda culminar con una resolución que eventualmente declare la responsabilidad en la comisión de prácticas monopólicas.³⁴

Es claro que la suspensión definitiva no se otorga en casos de orden público e interés social, la LFCE al ser una ley de orden público e interés social no procede la suspensión definitiva en amparo para sus procedimientos.

Una vez recibido el escrito de denuncia, la CFC tiene 10 días hábiles para emitir un acuerdo en el que podrá contactar al denunciante para que presente la información completa, de conformidad con la LFCE y el Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica (RLFCE). A este acuerdo se le llama acuerdo de prevención.

Si se emite un acuerdo de prevención significa que el denunciante no cumplió con los requisitos legales necesarios para que comience el trámite de su denuncia en la CFC. En este caso la Comisión le especifica qué documentos omitió incluir en su denuncia y le solicita que adjunte la información faltante. El

³⁴ Tesis: I.4o.A.344 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, Abril de 2002, p. 1363.

denunciante cuenta con un plazo máximo de 15 días hábiles para cumplir con la solicitud de la Comisión. Si el denunciante presenta la información faltante la CFC deberá emitir un acuerdo por el que dé inicio formalmente a la investigación.

El Secretario Ejecutivo dictará el acuerdo de inicio y publicará en el Diario Oficial de la Federación un extracto del mismo, el período de investigación comenzará a contar a partir de la publicación del extracto 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. Si en cualquier estado de la investigación, la Comisión no ha efectuado acto procesal alguno por más de 60 días, se decretará el cierre del expediente.³⁵

Durante la investigación la Comisión podrá requerir los informes y documentos que estime relevantes y pertinentes para realizar sus investigaciones, citar a declarar a quienes tengan relación con los hechos de que se trate así como solicitar las visitas de verificación sólo respecto de datos y documentos que haya requerido anteriormente en el curso de la investigación.

³⁵ COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONOMICA, “Infracciones a la Ley Federal de Competencia Económica y Procedimiento Administrativo Sancionador”, México, 2011, www.cfc.gob.mx, p.11.

Concluida la investigación, se puede resolver de alguna de las siguientes maneras:

- a) Emitir una resolución de cierre. Se emite cuando no existen elementos suficientes en los que se acredite que un agente económico realizó una conducta violatoria a la LFCE.

- b) Emitir el Oficio de Probable Responsabilidad. Cuando existen pruebas suficientes para acreditar que un agente económico realizó una conducta violatoria a la LFCE, se emite un documento que se denomina Oficio de Probable Responsabilidad (OPR).³⁶

El artículo 41 del RLFCE establece que una vez concluida la investigación y dentro de un plazo de sesenta días contado a partir del acuerdo de conclusión del periodo de investigación, si existen elementos suficientes para sustentar la existencia de hechos constitutivos de probables infracciones a la ley cometidos por el o los probables responsables, el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la Comisión deben emitir el oficio de probable responsabilidad (OPR).³⁷

El tiempo estimado que toma esta investigación, desde la denuncia hasta que se dicta el OPR, tomando en cuenta cada etapa procesal mencionada en la LFCE y su reglamento, es de ciento noventa días hábiles como mínimo, a un máximo de Quinientos sesenta y cinco días hábiles. Ahora es momento de estudiar la

³⁶ Tesis: I.17o.A.12 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, Marzo de 2010, p. 2922.

³⁷ FLORES BERNES, Miguel, op. cit., nota 16, p.44.

segunda parte del procedimiento, al finalizar sumaremos los plazos de las dos etapas.

2.2 Procedimiento seguido en forma de Juicio. (Artículo 33 LFCE)

El OPR tiene como objeto iniciar la segunda fase o etapa del procedimiento de investigación de prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas, señalando los hechos investigados previamente por la CFC, las disposiciones jurídicas que se estiman violadas, así como el nombre y domicilio del presunto responsable. A su vez este documento es utilizado por la CFC para emplazar al presunto responsable.³⁸

Sin embargo, esta es una presunción, pues es necesario darle la oportunidad al agente económico para formular una defensa en contra de las conclusiones a las que llegó la CFC en el OPR³⁹. Esta es la naturaleza del procedimiento seguido en forma de juicio: otorgar al agente económico la posibilidad de defensa en contra de las imputaciones que realice la CFC en su contra⁴⁰, dando al presunto infractor la oportunidad de alegar y probar a su favor.⁴¹ El agente económico contará con un plazo de treinta días para manifestar lo que a su

³⁸ Ídem.

³⁹ Tesis: I.4o.A.583 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, Julio de 2007, p. 105.

⁴⁰ COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONOMICA, op. cit., nota 6, p.12.

⁴¹ Tesis: I.7o.A.285 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, Abril de 2004, p. 1402.

derecho convenga, adjuntar los medios de prueba documentales que obren en su poder y ofrecer las pruebas que ameriten algún desahogo.

El presunto responsable deberá referirse a cada uno de los hechos expresados en el oficio de probable responsabilidad. Los hechos respecto de los cuales no haga manifestación alguna se tendrán por ciertos, salvo prueba en contrario. Lo mismo ocurrirá si no presenta su contestación dentro del plazo señalado en el párrafo anterior.

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. Se desecharán aquéllos que no sean ofrecidos conforme a derecho, no tengan relación con los hechos materia del procedimiento o sean ociosos; Una vez desahogadas las pruebas y dentro de los diez días siguientes, la Comisión podrá allegarse y ordenar el desahogo de pruebas para mejor proveer o citar para alegatos. El artículo 52 del RLFCE establece que la Comisión debe emitir el acuerdo que ordene el desahogo de pruebas para mejor proveer, mismo del que debe darse vista al probable responsable para que manifieste lo que a su derecho convenga dentro de un plazo de cinco días.

Una vez desahogadas las pruebas para mejor proveer que la Comisión hubiese determinado allegarse, fijará un plazo no mayor a diez días para que se formulen por escrito los alegatos que correspondan. El expediente se entenderá integrado

a la fecha de presentación de los alegatos o al vencimiento del plazo referido en la fracción anterior. Una vez integrado el expediente, la Comisión dictará resolución en un plazo que no excederá de cuarenta días.

El tiempo estimado que toma desde que se dicta el OPR hasta la resolución de la CFC, tomando en cuenta cada etapa procesal mencionada en la LFCE y su reglamento es de un estimado de noventa días hábiles como mínimo, a un máximo de noventa y cinco días hábiles. Ahora bien si sumamos los días hábiles de la primera etapa, más los de la segunda etapa daría un resultado: Mínimo. 280 (doscientos ochenta) días hábiles. Máximo. 660 (seiscientos sesenta) días hábiles.

Existen dos puntos que se deben de tomar en consideración:

1. Estamos hablando de días hábiles, no de días naturales, tal como establece la misma ley en el Artículo 34 bis. “Cuando los plazos fijados por esta Ley y su Reglamento sean en días, éstos se entenderán como hábiles”, así que faltaría sumar los días de descanso ya sea fines de semana y días oficiales.
2. No se tomó en cuenta el Recurso de reconsideración, ni el amparo, que son dos instrumentos que los abogados de los presuntos culpables siempre usan, y que de tomarse en cuenta estos, se inflaría de manera alarmante el tiempo en que la CFC pudiera castigar las prácticas monopólicas relativas.

Si la competencia económica es un aspecto tan importante en la vida diaria de nuestro país, ¿Porque no se han introducido las medidas cautelares en el procedimiento de las prácticas monopólicas relativas y así salvaguardar el proceso de competencia y libre concurrencia?

Capítulo 3 Medidas Cautelares en el Derecho civil y administrativo mexicano.

En México existen pocas fuentes doctrinales que detallen el funcionamiento de esta figura, también resultan ser pocos los ordenamientos legales que las contienen y los que las contienen son suplidos directamente por el Código Federal de Procedimientos Civiles en sus artículos del 384 al 389 (desde ahora CFPC), haciendo casi imposible el estudio de estas medidas sin tener que echar un vistazo a sus orígenes civilistas tanto nacionales como extranjeros.

3.1 Concepto de Medidas Cautelares;

Antes de empezar a estudiar las características de estas figuras es necesario acudir a la doctrina para ver como han sido definidas por los estudiosos del Derecho:

Calificadas también como providencias o medidas precautorias, son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso.

Este es uno de los aspectos esenciales del proceso, ya que el plazo es inevitable (que en la práctica llega a convertirse frecuentemente en una dilación a veces considerable por el enorme rezago que padecen nuestros tribunales), por el cual se prolonga el procedimiento hasta la resolución definitiva de la controversia, hace indispensable la utilización de estas medidas para evitar que se haga inútil la sentencia de fondo, y por el contrario, lograr que la misma tenga eficacia práctica. Desafortunadamente, nuestro ordenamiento procesal no toma en cuenta, en términos generales, los avances de la doctrina ni tampoco los

adelantos compatibles con nuestro propio ordenamiento, de la legislación y jurisprudencia de otros países.⁴²

“Es a través de esta denominación o la de providencias precautorias como los códigos procesales se refieren a una serie de medidas asegurativas que deben de tomar en cuenta el juez a fin de preservar la materia de los juicios. Dichas medidas pueden tomarse antes o durante la tramitación del procedimiento.”⁴³

La naturaleza de estas medidas es meramente preservativa, provisional, accesoria y temporal. Preservativa, porque busca evitar ciertos males futuros que alguna parte en sus derechos pueda sufrir. Provisional, se decretan mediante un conocimiento sumario, unilateral y por tanto provisional, es posible modificar lo resuelto a petición de parte o de oficio. Temporales y accesorias, por cuanto estas tienen eficacia mientras la cuestión de fondo en litigio es resuelta.⁴⁴

Son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso.⁴⁵ Este es uno de los aspectos esenciales del proceso, ya que el plazo inevitable, por el cual se prolonga el procedimiento

⁴² FIX-ZAMUDIO, Héctor, OVALLE FAVELA, José, Voz Medidas cautelares, Enciclopedia Jurídica Mexicana, tomo V, Editorial Porrúa, UNAM, p. 51.

⁴³ FACULTAD DE DRECHO DE LA UNAM, voz “Medidas Cautelares” Colegio de profesores de Derecho Procesal, Diccionarios Jurídicos Temáticos, Derecho Procesal, Oxford University Press, Segunda edición, México, 2001.

⁴⁴ COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial D de f, Argentina, 2002. p.322 ver NOVELLINO, Norberto J., Embargo y Desembargo y Demás Medidas Cautelares, Fondo editorial de derecho y economía, Quinta Edición, Argentina, 2005, p. 9.

⁴⁵ GINEBRA SERRABOU, Xavier, Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo. Comentarios, Editorial Themis, segunda Edición, México, 2010. p.86

hasta la resolución definitiva de la controversia, hace indispensable la utilización de estas medidas cautelares para evitar que se haga inútil la sentencia de fondo y por el contrario lograr que la misma tenga eficacia práctica.⁴⁶

Las medidas cautelares son dictadas y tienen su importancia en nuestro sistema legal en el cumplimiento de la garantía constitucional de una justicia pronta y expedita, tal como Xavier Ginebra menciona: *“La importancia de las medidas cautelares es una cuestión prioritaria para el derecho mexicano, en donde el mandato constitucional de una justicia pronta y expedita, consagrada en artículo 17 constitucional, no deja de ser hasta ahora, una mera declaratoria de buenas intenciones.”*⁴⁷

Las providencias precautorias son un remedio creado por el derecho para obviar de alguna manera los riesgos del proceso, en orden a su eficacia. El proceso eficaz es el que otorga una completa satisfacción jurídica a las partes. No se limita a la mera declaración del derecho, sino que se prolonga hasta una eventual fase de ejecución para cumplir en todo su alcance su pronunciamiento jurisdiccional. Solo cuando la sentencia ha sido cumplida por completo alcanza su eficacia el proceso. Como esta meta se vislumbra lejana al principio del proceso en ocasiones es necesario anticiparla o asegurarla de alguna manera la

⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe, Principios de Derecho procesal civil, Edigrafía S.A. de C.V., México, 2004 p.260

⁴⁷ GINEBRA SERRABOU, Xavier, “Las medidas precautorias en el derecho mexicano de la competencia”. Boletín latinoamericano de competencia, México. 2009. p.115

providencia precautoria anticipa provisionalmente la ejecución o asegura el éxito desde antes o después de iniciado el proceso.⁴⁸

Principios aplicables:

Lite Pendente, Nihil Innovetur: “*Pendiente el juicio, nada puede innovarse.*”⁴⁹

Periculum in mora: “*Peligro en el retraso.*”⁵⁰ Es el peligro de la demora (periculum in mora), esto es, que en razón del transcurso del tiempo los efectos de la decisión final resulten prácticamente inoperantes, se basa en el temor fundado de la configuración de un daño a un derecho cuya protección se persigue y, que de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo de que en el supuesto de recaer en una resolución favorable, ésta permanezca incumplida.⁵¹

Inaudita altera parte: “*No oída la otra parte.*”⁵² “*Sin oír a la otra parte.*”⁵³ El Juez las ordena basándose en los hechos que afirma y acredita el peticionante, sin escuchar a la contraparte. Es por eso que en la mayoría de los casos se solicita una caución para garantizar el pago de daños y perjuicios.⁵⁴

⁴⁸ GOMEZ LARA, Cipriano, Derecho Procesal Civil, Oxford University Press, Séptima edición, México, 2005, p.28. ver OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal Civil, Editorial Harla, México, 2003, p.33.

⁴⁹ NICOLIELLO Nelson, voz “Lite Pendente, Nihil Innovetur” Diccionario del Latín Jurídico, Editorial B. de F. Ltda., España, 1999, p.176.

⁵⁰ BARBERIA María Emma, voz “Periculum in mora” Diccionario de Latín Jurídico, Valletta Ediciones, primera Edición, Argentina, 2006, p. 108.

⁵¹ KIELMANOVICH, Jorge L., *Medidas Cautelares*, Rubinzal – Culzoni Editoriales, Argentina, 2000, p.52.

⁵² BARBERIA María Emma, voz “Inaudita altera parte” Diccionario de Latín Jurídico, Valletta Ediciones, primera Edición, Argentina, 2006, p. 71.

⁵³ NICOLIELLO Nelson, voz “Inaudita altera parte” Diccionario del Latín Jurídico, Editorial B. de F. Ltda., España, 1999, p.132.

⁵⁴ ARAZI, Roland, et al, *Medidas Cautelares*, Editorial Astrea, Argentina, 1997. p.6.

Fumus boni iuris: “*Apariencia de buen derecho. Hechos que permiten presumir el derecho del peticionante.*”⁵⁵ Declarar la certeza de la existencia del derecho es la función primordial de la medida cautelar (fumus boni iuris). Baste que según un cálculo de probabilidades se pueda prever para que el juzgador declare el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar.⁵⁶

Éste es un presupuesto básico; no se trata de la certeza absoluta sino de la apariencia de ese derecho (fumus boni iuris: humo de buen derecho). El peticionario tiene la carga de acreditar, sin control de su contraria (sic), que existe un alto grado de probabilidad de que la sentencia definitiva que se dicte oportunamente reconocerá el derecho en el que funda su pretensión. En ciertos supuestos, la acción u omisión de las partes en el proceso permite presumir que el derecho de su contraria es verosímil (por ejemplo, la declaración de rebeldía, la confesión expresa de una de las partes, o una resolución judicial anterior).⁵⁷

El juzgador para dictar la medida cautelar, debe tener la certeza de la existencia del temor de un daño jurídico; de la certeza de un estado objetivo de peligro que haga aparecer como inminente la realización del daño derivado de la no satisfacción de un derecho. La providencia cautelar es por su naturaleza hipotética, y cuando la hipótesis se resuelve en certeza, es señal que la medida cautelar ha agotado definitivamente su función.⁵⁸

3.2 Código Federal de Procedimientos Civiles

El CFPC contiene la figura de las medidas cautelares entre el artículo 384 y 389, a juicio personal considero que contiene todos los principios mencionados en la

⁵⁵ NICOLIELLO Nelson, voz “Fumus boni Iuris” Diccionario del Latín Jurídico, Editorial B. de F. Ltda., España, 1999, p.106

⁵⁶CHIOVENDA, Giuseppe, op. cit., nota 46, p. 263.

⁵⁷GINEBRA SERRABOU, Xavier, op. cit., nota 47, p. 119.

⁵⁸GINEBRA SERRABOU, Xavier, op. cit., nota 45, p. 98.

parte teórica de este capítulo y una advertencia que es necesaria hacer es que se debe entender que las medidas encontradas en este apartado del CFPC son totalmente enfocadas a la materia civil.

El artículo 384 establece que estas medidas pueden decretarse antes de iniciarse el juicio, o durante su desarrollo y que podrán ordenarse todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente. Esto es de gran importancia, porque el legislador resalta la necesidad de que estas medidas existan en el procedimiento civil para que el objeto del mismo no se pierda por la dilación que este pueda sufrir.

Este artículo continúa con lo siguiente: “*Estas medidas se decretarán sin audiencia de la contraparte, y no admitirán recurso alguno. La resolución que niegue la medida es apelable.*”⁵⁹ Lo cual nos lleva a encontrar uno de los principios doctrinales de esta figura *Inaudita altera parte*, resaltando que de haber una audiencia de las dos partes al momento de que el Juez delibere sobre decretar o no la medida cautelar solicitada, puede que se ventilen los argumentos principales de las partes que decidirán sobre el fondo de la materia siendo esta una medida accesoria. Sin embargo el artículo 385 señala que una vez que esta medida fue ordenada por el Juez, la persona diferente a la que solicitó la medida podrá formular su oposición respecto a la medida⁶⁰, lo cual no

⁵⁹ “Código Federal de Procedimientos Civiles”, Diario Oficial de la Federación, Artículo 384, México, 1943.

⁶⁰ *Ibidem*, Artículo 385.

es audiencia previa sino que es la posibilidad de una vez dictada la medida cautelar la contraparte pueda opinar respecto al tipo de medida, duración, etc.

El artículo 386 señala que cuando la medida cautelar solicitada “entrañe la suspensión de una obra, de la ejecución de un acto o de la celebración de un contrato, la demanda debe ser propuesta por la parte que solicitó la medida⁶¹” y que esta tendrá un plazo de cinco días, contados a partir de la fecha en que se haya ordenado la suspensión, de lo contrario la medida cautelar solicitada quedará sin efecto.

El artículo 387 señala que en el caso que la medida cautelar solicitada “pueda causar daño o perjuicio a persona distinta de la que solicite la medida, se exigirá, previamente, garantía bastante para asegurar su pago, a juicio del tribunal que la decreta.⁶²” Lo cual servirá para que estas medidas no sean usadas para afectar a la contraparte en el procedimiento civil seguido, defendiendo a si vez el derecho de la parte que no ha solicitado la medida o aún un tercero relacionado con el procedimiento. Es importante considerar es lo que establece el artículo 388 ya que establece una de las naturalezas de las medidas cautelares al señalar que la determinación de que se decrete la medida solicitada, “no prejuzga sobre la legalidad de la situación que se mantiene, ni sobre los derechos o responsabilidades del que la solicita.⁶³” Ya que en muchos casos se

⁶¹ *Ibidem*,, Artículo 386.

⁶² *Ibidem*,, Artículo 387.

⁶³ *Ibidem*,, Artículo 388

cree que al decretarse una medida cautelar el Juez ya ha determinado su postura sobre el fondo de la controversia.

En el artículo 389 se cumple lo advertido al inicio de este tema, ya que como se mencionó las medidas cautelares enlistadas en el este apartado son de naturaleza meramente civil: I.- Embargo de bienes suficientes para garantizar el resultado del juicio, y II.- Depósito o aseguramiento de las cosas, libros, documentos o papeles sobre que verse el pleito.⁶⁴

A pesar de que las medidas cautelares encontradas en el CFPC son de carácter meramente civil, era necesario el estudiarlas ya que en el artículo 34 bis de la LFCE establece que para todo lo previsto en dicha ley y su reglamento se aplicará supletoriamente el CFPC. A pesar de lo anterior el 22 de julio del año 2005 el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, emitió una tesis aislada en la cual establece que la COFECO no podrá aplicar supletoriamente las medidas cautelares encontradas en los artículos 384 y 388 del CFPC provocando que con esta decisión se limitara durante muchos años el actual de la COFECO, vulnerando la garantía de libre competencia y la libre competencia.

Esta es una tesis de jurisprudencia que podría considerarse como contraria a la propuesta principal de esta tesis de incorporar dentro de las facultades de la COFECO la de dictar medidas cautelares. La COFECO intentaba aplicar dichas

⁶⁴ *Ibidem*,, Artículo 389

medidas a través de la supletoriedad encontrada en el artículo 34 bis de LFCE⁶⁵, mientras que la propuesta de esta tesis es que se incorpore directamente la facultad de ordenar medidas cautelares en la LFCE. Sin embargo precedente Judicial señala:

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO O CAUTELARES PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 384 Y 388 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, NO SON DE APLICACIÓN SUPLETORIA EN EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

“la supletoriedad de las leyes no sólo opera indefectiblemente cuando la institución cuya reglamentación se trata de completar esté contemplada en la ley a suplir, sino aun cuando no se encuentre prevista, siempre que sea indispensable acudir a ésta para solucionar el conflicto que se plantee y que la institución que se aplique en forma supletoria no esté en contradicción con el conjunto de normas cuyas lagunas debe llenar. En este sentido, del artículo 1o. del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica se desprende que en lo no previsto por dicha ley y su reglamento, es aplicable supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles; y del texto de ambos ordenamientos, se advierte que en éstos no se contempla la institución jurídica de las medidas de aseguramiento o cautelares que regulan los artículos 384 y 389 del Código Federal de Procedimientos Civiles, lo que dejaría entrever que la Comisión Federal de Competencia al sustanciar el procedimiento que se siga por ésta, puede aplicar de manera supletoria tales medidas; sin embargo, en este caso no se actualizan los supuestos a que alude el criterio invocado, en virtud de que aun cuando la institución a suplir no se encuentre prevista en la ley, las medidas de referencia no son indispensables para colmar el procedimiento seguido ante la comisión, toda vez que a fin de evitar, prevenir y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, el legislador estableció diversas sanciones que fueran de tal magnitud, que tuvieran un verdadero efecto disuasivo y minimizaran los incentivos a infringir la ley⁶⁶”

⁶⁵ “Ley Federal de Competencia Económica”, op. cit., nota 13, Artículo 34 bis.

⁶⁶ Tesis: I.8o.A.44 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, Julio de 2005, p. 1395.

Hay mucho que comentar respecto a esta tesis aislada del año 2005, en la cual se dice que las sanciones de que aplica la COFECO son de tal magnitud que tienen un verdadero efecto disuasivo y que minimiza los incentivos a infringir la ley. El artículo 35 LFCE apenas reformado en mayo de este año y ahora establece las nuevas sanciones que COFECO puede aplicar a los agentes económicos que incurran en una violación a la ley y en las fracciones IV y VIII se encuentra la multa más alta que es del diez por ciento de los ingresos acumulables en un año del agente económico⁶⁷. Esta sanción aplica en los casos de la comisión de prácticas monopólicas absolutas y cuando después de aprobada una concentración se descubra que los agentes económicos dieron información falsa.

Si bien podría parecer que COFECO tiene una capacidad de multa estratosférica y que pudiera funcionar para disuadir las prácticas anticompetitivas, el llevar a cabo las prácticas monopólicas puede llevar una mayor ganancia a los agentes económicos, a tal grado que muchas de las agencias de competencia alrededor del mundo multan en su mayoría sobre un diez por ciento de las ventas anuales de los agentes económicos.

Si la premisa de la tesis aislada era que por la capacidad disuasiva de las multas de COFECO no se que podrían utilizar de forma supletoria el CFPC en su apartado de medidas cautelares, por lo antes mencionado podemos concluir

⁶⁷ “Ley Federal de Competencia Económica”, op. cit., nota 13, Artículo 35

que no es suficiente la capacidad de multa de COFECO para disuadir las prácticas anticompetitivas.

A continuación podremos apreciar un cuadro comparativo de la capacidad de multa de las autoridades de competencia alrededor del mundo incluida en este cuadro la autoridad mexicana⁶⁸.

País	Multa Máxima
EUA	10% de ventas
UE	10% de ventas
Canadá	25 millones de dólares
México	10% de ingresos
Brasil	30% de ventas
Chile	14- 22 millones de dólares

Sin importar que la capacidad de multa de las autoridades de competencia mencionadas en el cuadro anterior es mayor o de igual cuantía a la capacidad de multa que tiene COFECO, muchas de estas autoridades tienen la llamada facultad de aplicar medidas cautelares en el procedimiento de investigación y multa de las prácticas anticompetitivas.

⁶⁸ FLORES BERNES, Miguel, op. cit., nota 16, p.2

Algo que se debe de tomar en cuenta que la resolución citada no es más que una tesis aislada, la cual para la autoridad jurisdiccional no constituye jurisprudencia y como resultado de la misma forma no constituye jurisprudencia para la autoridad administrativa. A su vez podemos resaltar que las medidas cautelares como ya se estudió no son sanciones y que la COFECO tenga una gran capacidad de multar no debe de inhibir la posibilidad de que la COFECO pueda ordenar medidas cautelares. Otro punto a resaltar es que las medidas cautelares son acordes con la el objetivo de la LFCE de prevenir que la realización de las prácticas anticompetitivas dañen aún más a la competencia y libre concurrencia, permitiendo la conservación de la materia del procedimiento seguido ante la COFECO.⁶⁹

Finalmente es preciso señalar que a pesar de la tesis que se está comentando, el pasado 10 de mayo de 2011 se aprobó la reforma que añade el artículo 34-bis 4 a la LFCE que faculta a la COFECO para ordenar medidas cautelares. En la cual los Diputados y Senadores reconociendo la necesidad de dotar a la COFECO de esta importante facultad para que pueda llevar a cabo así su función de proteger el proceso de competencia y libre concurrencia.

⁶⁹ GINEBRA SERRABOU, Xavier, El Derecho de la Competencia en Tiempos de Crisis, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2011, p.121.

3.3 Leyes administrativas que contienen las medidas cautelares;

Una vez entendido el concepto de las medidas cautelares contenido en la legislación civil, así como en la doctrina civil y procesal del derecho, es tiempo de que estas medidas sean estudiadas desde el punto de vista de ordenamientos de carácter administrativos. Con el estudio de estas leyes podremos entender la forma de regular esta figura, definir cuales son las medidas cautelares, las consideraciones que deben tomar en cuenta las autoridades respectivas para dictarlas y si se han topado con algún problema para la aplicación de estas.

3.3.1 Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo

Esta es regulada en el Capítulo 3°, artículo 24 al 28 de LFPCA, algo que es importante mencionar que esta ley según la CPEUM en su artículo 73 XXIX-H otorga la facultad al Congreso para “*expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso-administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares.*”⁷⁰ Lo cual hará que las medidas cautelares previstas en esta ley estén íntimamente relacionadas a una relación entre los particulares y las autoridades administrativas, mientras que las

⁷⁰ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, Artículo 73 XXIX-H, México, 1917.

medidas cautelares que nos interesan son las que surgen de la relación entre particulares, tal como los procedimientos seguidos ante la COFECO.

El artículo 24 señala que solo podrán ser solicitadas una vez iniciado el Juicio Contencioso Administrativo, provocando que desde que es emitida la decisión que se desea impugnar hasta que se dicte el auto de admisión de la demanda puedan verse vulnerados los derechos del peticionante y se incumpla el principio *periculum in mora*. El objeto de las medidas cautelares mencionado en este artículo es “para mantener la situación de hecho existente, que impidan que la resolución impugnada pueda dejar el litigio sin materia o causar un daño irreparable al actor, salvo en los casos en que se cause perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.”⁷¹”

El artículo 24 también menciona los requisitos de procedencia que el solicitante debe de cumplir para que esta medida sea considerada, dentro de estos requisitos se solicita un documento de “El que pida la medida cautelar deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar la necesidad de la medida que solicita”⁷², lo cual según los principios en la primer parte de este capítulo transgrede el principio *fomus boni iuris*, puesto que si es necesario acreditar el derecho entonces no es necesaria la apariencia del buen derecho para que el Juzgador ordene las medidas solicitadas.

⁷¹“Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo”, Artículo 24, Diario Oficial de la Federación, México, 2005.

⁷² *Idem*

Es importante señalar que la medida cautelar será ordenada por el Magistrado Instructor cuando este considere que el daño es inminente y en caso de que pudiera existir una afectación patrimonial se requerirá una garantía suficiente al solicitante. Finalmente este artículo establece que no serán dictadas las medidas cautelares en los casos en que se cause perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público, esta situación hace se disminuyan las posibilidades de que se otorguen las medidas cautelares a la parte que las solicite.

El artículo 26 menciona que la Sala Regional podrá decretar medidas cautelares positivas y enlista enunciativamente situaciones por las cuales podrá ordenarlas, este tipo de medidas cautelares se traducen como “el ordenar la realización de actos a la autoridad, siempre y cuando de no hacerlo se produzcan daños substanciales al actor por el simple transcurso del tiempo”.⁷³ Estas medidas podrían ser decretadas en el caso de que alguna autoridad determine que no es necesario llevar a cabo alguna acción o medida que el actor le solicite a pesar de que está facultada a hacerlo, ante esta negativa si la Sala Regional considera que es necesario que dicha acción o medida sea llevada a cabo, puede decretar a la autoridad una medida cautelar positiva.

El artículo 27 señala que deberá de ofrecerse garantía bastante para reparar mediante indemnización el daño y los perjuicios que con aquéllas pudieran

⁷³ SILVA JUAREZ, Ernesto, *El Procedimiento Contencioso Administrativo Federal*, Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas S.A. de C.V., México, 2006. p. 131.

causarse si no obtiene sentencia favorable en el juicio. Si no es cuantificable la indemnización respectiva, la Sala Regional fijará discrecionalmente el importe de la garantía. A lo cual el Licenciado Ernesto Silva Juárez afirma lo siguiente:

Preocupa el hecho de que indique la palabra “bastante” en virtud de que se trata de una palabra con una gran carga de subjetividad: ¿Para quién es bastante? ¿Para los magistrados es lo mismo bastante que “suficiente”? Y después empeora la disposición porque indica que en caso que no se pueda cuantificar, la Sala podrá fijar la cantidad discrecionalmente. Un tribunal que tiene un gran prestigio por la objetividad de sus decisiones ¿Podrá ejercer facultades discrecionales? Como sea, la discrecionalidad deberá ser sobre bases objetivas y no como producto de la libre apreciación de los magistrados que tomen la decisión⁷⁴

Es difícil el análisis de esta figura conforme a los criterios de las medidas cautelares, porque se equipara al incidente de suspensión en materia de amparo o a un interdicto judicial. Ya que no son ordenadas conforme a los criterios *periculum in mora; fomes boni iuris, etc.*⁷⁵ Sin embargo es necesario mencionar esta situación para hacer notar la confusión existe en el Derecho Mexicano respecto a estas medidas y como es que esto afecta a que estas medidas sean incluidas correctamente en leyes diversas, como lo es la Ley Federal de Competencia Económica.

3.3.2 Ley de Protección al Consumidor

Esta ley regula la aplicación de las medidas cautelares en el artículo 25 bis, mismo que será analizado en su composición y aplicación, así como los artículos

⁷⁴ *Ibidem* p. 132

⁷⁵ GINEBRA SERRABOU, Xavier, op. cit., nota 45, p. 101

15 – 21 del reglamento de dicha ley y el artículo 57 de la Ley Federal de Metrología y Normalización, que ayudan a desarrollar dicha figura.

El precepto, como norma de orden público que es, enumera las medidas que pudieran operar cuando se afecte o puedan afectar derechos fundamentales como la vida, la salud, la seguridad o la economía de una colectividad de consumidores. Estas van desde la inmovilización de envases, bienes, productos y transporte (por salud y seguridad públicas; el aseguramiento de bienes o suspensión de comercialización (por salud, vida o seguridad de las personas); hasta sellos de advertencia o suspensión de comercialización engañosa (para salvaguardar la economía de una colectividad).⁷⁶

No es necesario estudiar a fondo las medidas enumeradas en este conjunto de artículos, debido a que las medidas van encaminadas a fortalecer la actuación de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (Profeco) la cual tiene un fin distinto al de la COFECO. Pero lo que si podemos estudiar y aplicar a un posible artículo o conjunto de artículos en la LFCE son todas las figuras que giran alrededor de dichas medidas, estudiar los requisitos de procedencia y como se ha manifestado el poder judicial respecto a este tema a través de Jurisprudencias y tesis aisladas referentes a estos artículos.

Estas medidas serán aplicadas cuando se afecte o pueda afectar la vida, la salud, la seguridad o la economía de una colectividad de consumidores, casos graves como los que señala en artículo 128 ter de la Ley de Protección al Consumidor, por prácticas que se consideren abusivas⁷⁷, según el catálogo que

⁷⁶ LEGIS EDITORES, “Publicaciones Electrónicas, Ley Federal de Protección al Consumidor, Comentarios y Jurisprudencias” México, 2011, <http://www.legis.com.mx/>

⁷⁷ “Ley Federal de Protección al Consumidor”, Diario Oficial de la Federación, Artículo 128 ter, México, 1992.

se reúne entre el artículo 25 bis de la presente ley y el artículo 19 del Reglamento de la Ley Federal de Protección al Consumidor (RLFPC) de dicha ley y por el incumplimiento de Normas Oficiales Mexicanas según el artículo 57 de la Ley Federal de Metrología y Normalización.

Según el artículo 16 RLFPC el procurador mediante acuerdo publicado en el Diario Oficial de la federación deberá dictar los criterios para la aplicación de estas medidas los cuales deberán contener: La descripción de los supuestos generales conforme a los cuales se aplicará cada una de las medidas precautorias; Los elementos necesarios para circunstanciar en el acta la imposición de la medida dentro del procedimiento correspondiente; En lo relativo a los sellos de inmovilización o de advertencia, la descripción de dichos sellos, y los requisitos para el levantamiento de las medidas precautorias impuestas, en los casos en que proceda⁷⁸.

3.3.3 Ley de Propiedad Industrial

De la misma forma que se comentó en las medidas aplicadas en la ley anteriormente estudiada, estas medidas son muy específicas a la materia que regula esta ley. Se aplican dependiendo el caso en particular y algunas pueden llegar más allá de lo que señala el CFPC debido a su especialidad. Como

⁷⁸ “Reglamento de la Ley Federal de Protección al Consumidor”, Diario Oficial de la Federación, Artículo 16, México, 2006.

resultado de esto seguiremos estudiando los criterios de procedencia de estas y como es que las regula esta ley. En Ley de Propiedad Industrial se encuentran reguladas del Artículo 199 bis al artículo 199 bis-7, el Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derecho de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio y el artículo 74 del Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial (RLPI).

El artículo 199-bis establece que para determinar la práctica de las medidas el Instituto requerirá al solicitante que:

I. acredite ser el titular del derecho y cualquiera de los siguientes supuestos: La existencia de una violación a su derecho; Que la violación a su derecho sea inminente; La existencia de la posibilidad de sufrir un daño irreparable, y La existencia de temor fundado de que las pruebas se destruyan, oculten, pierdan o alteren. **II.** Otorgue fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que se pudieran causar a la persona en contra de quien se haya solicitado la medida, y **III.** Proporcione la información necesaria para la identificación de los bienes, servicios o establecimientos con los cuales o en donde se comete la violación a los derechos de propiedad industrial.⁷⁹

A través de los artículos que tratan las medidas cautelares en esta ley podemos apreciar algunas figuras no consideradas en la legislación civil, así como tampoco en la legislación de protección al consumidor. Estas figuras son la fianza y contra fianza, una especie de defensa a quien se le aplica la medida cautelar (garantía de audiencia) y finalmente el pago de daños y perjuicios a favor quien se la haya aplicado la medida indebidamente. Es necesario que se mencionen estas figuras, pero no haremos un estudio posterior respecto a estas.

⁷⁹ “Ley de Propiedad Industrial”, Diario Oficial de la Federación, Artículo 199-bis, México, 1991.

3.4 Jurisprudencias dictadas sobre medidas cautelares;

Existen un gran número de Jurisprudencias y tesis aisladas referentes a medidas cautelares, estas ayudan en gran manera a reafirmar las teorías doctrinales sobre estas, expuestas en el primer apartado del capitulo superior. Nos dejan en claro como la doctrina y las decisiones judiciales en la mayoría de los casos van de la mano en congruencia. Existe una sola tesis aislada en lo relativo a medidas cautelares en los procedimientos llevados ante la COFECO, y esta no es favorable, sin embargo demostraremos que lo que esta tesis aislada expresa es totalmente erróneo, pero tocaremos este tema en su momento.

Utilidad y características de las Medidas Cautelares

Tienden a mantener el estado de cosas anterior al proceso principal, determina que solamente consistan en mantener la situación de hecho existente, aunque pueden entrañar, entre otras, la suspensión de una obra, de la ejecución de un acto o de la celebración de un contrato... puede ser solicitada antes o durante el desarrollo del procedimiento, ya que por tratarse de una medida cautelar, su previsión obedece a la urgencia de suspender esos actos para evitar una violencia inter partes.⁸⁰

Me es importante señalar esta Jurisprudencia que señala la utilidad y características de las medidas cautelares, ya que concuerda con lo antes mencionado respecto a la figura analizada, ya que no solo son cuestiones teóricas, si no también criterios que utilizados en el Poder Judicial.

⁸⁰ Tesis: I.3o.C.838 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, Septiembre de 2010, p. 1343.

Elementos para que se otorguen medidas cautelares

Al igual que la generalidad de las medidas cautelares, las de aseguramiento se basan en el peligro en la demora (*periculum in mora*), y en la apariencia o verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*). Esos elementos deben concurrir para el otorgamiento de las medidas de aseguramiento consistentes en el mantenimiento de la situación de hecho existente con antelación al proceso, por lo que es menester que el solicitante de las mismas exprese los motivos que generan el temor fundado de resentir el daño a un derecho si no se mantiene la circunstancia fáctica imperante, misma que debe también describirse, a fin de que el juzgador aprecie si existe el riesgo de afectación al derecho controvertido. No puede ser de otra manera, porque las medidas de aseguramiento, en tanto especie del género cautelar, tienden a evitar que la sentencia pierda su efectividad, en caso de ser favorable a la pretensión formulada.⁸¹

porque nadie debe soportar más molestias que aquellas derivadas de la aplicación de la ley... corresponderá al juzgador apreciar los elementos necesarios para el otorgamiento de las medidas, como el peligro en la demora (*periculum in mora*), y la apariencia o verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*), así como el hecho de que provengan de una legislación que tenga relación con la materia del litigio. Se trata, entonces, de la posibilidad de aplicar medidas de aseguramiento conducentes, lo que está en función de cada caso concreto, y será de acuerdo al mismo que se determinará su pertinencia o impertinencia.⁸²

Fin y propósito de las Medidas Cautelares

Para que no existan obstáculos a la ejecución, es decir, a la efectividad de una sentencia que decida sobre una pretensión planteada en ejercicio del derecho de acceso efectivo a la justicia, existen, entre otras figuras, las providencias o medidas cautelares, como las denominadas conservativas que tienden a mantener un estado de cosas anterior al procedimiento, o en otras palabras, a mantener la situación de hecho existente, según la terminología empleada por el legislador en el artículo 384 del Código Federal de Procedimientos Civiles. El propósito que dichas medidas tienen de librar de obstáculos la ejecución de la sentencia se encuentra en consonancia con el efectivo acceso a la justicia, por lo que tanto el otorgamiento como la denegación de las medidas son susceptibles de infringir precisamente el derecho fundamental de acceso a la justicia... Derecho fundamental, consistente en el acceso efectivo a la jurisdicción.⁸³

⁸¹Tesis: I.3o.C.837 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, Septiembre de 2010, p. 1344.

⁸² Tesis: I.3o.C.632 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, Agosto de 2007, p. 1724.

⁸³ Tesis: I.4o.A. J/51, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, Mayo de 2007, p. 1722

Medidas cautelares no son violatorias de la garantía de previa audiencia

Conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la garantía de previa audiencia, establecida en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, únicamente rige respecto de los actos privativos, entendiéndose por éstos los que en sí mismos persiguen la privación, con existencia independiente, cuyos efectos son definitivos y no provisionales o accesorios. Ahora bien, las medidas cautelares constituyen resoluciones provisionales que se caracterizan, generalmente, por ser accesorias y sumarias; accesorias, en tanto la privación no constituye un fin en sí mismo; y sumarias, debido a que se tramitan en plazos breves; y cuyo objeto es, previendo el peligro en la dilación, suplir interinamente la falta de una resolución asegurando su eficacia, por lo que tales medidas, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo, constituyen un instrumento no sólo de otra resolución, sino también del interés público, pues buscan restablecer el ordenamiento jurídico conculcado desapareciendo, provisionalmente, una situación que se reputa antijurídica; por lo que debe considerarse que la emisión de tales providencias no constituye un acto privativo, pues sus efectos provisionales quedan sujetos, indefectiblemente, a las resultas del procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten, donde el sujeto afectado es parte y podrá aportar los elementos probatorios que considere” convenientes; consecuentemente, para la imposición de las medidas en comento no rige la garantía de previa audiencia.⁸⁴

Esta Jurisprudencia dictada en 1998 pone fin a la tendencia de ampararse en contra de la aplicación de las medidas cautelares, ya que menciona las características de estas: provisionales, accesorias y sumarias, mismas que hacen que estas no violen en su aplicación la tan conocida garantía de audiencia.

⁸⁴ Tesis: P./J. 21/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, Marzo de 1998, p. 18.

3.5 Figuras que se pueden aplicar a las medidas cautelares;

Después de estudiar las leyes administrativas mexicanas que permiten la aplicación de de las medidas cautelares, es necesario señalar que contienen figuras adicionales que facilitan y hacen que exista una mejor aplicación de estas medidas en el procedimiento seguido respectivamente. Si la aparición de estas figuras en las leyes fuera de una forma homogénea, no habría problema alguno con seguir el mismo criterio que el legislador ha aplicado en cada una, pero dado a que no ha sido de una forma homogénea es de suma importancia estudiar estas figuras para así poder llegar a contestar la interrogante ¿Que figuras serán compatibles con el objeto de proteger la libre competencia y el proceso de competencia mismo que busca proteger la LFCE?

3.5.1 Previa audiencia de la contraparte.

Este es uno de los grandes peros que le ponen los abogados mexicanos a la aplicación de las medidas cautelares, ya que en gran parte de la doctrina referente a medidas cautelares se menciona que esta uno de los principios de esta figura es el de *Inaudita altera parte*, el cual como ya se mencionó anteriormente significa que serán aplicadas sin que la contra parte pueda manifestar algo en su defensa. Esto provoca que en cuanto la autoridad en curso dicta estas medidas en el procedimiento, el representante de la parte a quien se le aplican dichas medidas promueve un juicio de amparo por violación

de la garantía de previa audiencia encontrada en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional.

No solo es mencionado este principio en la doctrina, sino en el CFPC en el artículo 384 haciendo señalar que no habrá una audiencia, mientras que en LFPC y LFPCA no se hace mención de este principio y ni si quiera la palabra audiencia, dando por entendido que este principio de no dar audiencia a la contraparte se aplicará. En la LPI en su artículo 199 BIS 2 permite que la parte contra de quien se aplicaron estas medidas, pueda en un plazo de 10 días presentar observaciones de estas medidas ya aplicadas y así el instituto pueda modificarlas. Ya que es a posteriori de la aplicación de las medidas no se podría considerar que exista una audiencia hacia la parte a quien le afecta esta medida.

No es necesario seguir profundizando en este tema, ya que existe una jurisprudencia señalando que la aplicación de estas medidas no viola la garantía de previa audiencia dado que “las medidas cautelares constituyen resoluciones provisionales que se caracterizan, generalmente, por ser accesorias y sumarias” mientras que la garantía de previa audiencia “únicamente rige respecto de los actos privativos.. cuyos efectos son definitivos”.

Sin embargo es importante no pasar por alto que si no va a existir esta previa audiencia el juzgador tendrá que dictar estas medidas como resultado de un gran estudio del caso en concreto, de lo contrario estas medidas producirían un

efecto indeseado sobre la contra parte. Tal y como a continuación citaremos a uno de los clásicos en esta área de estudio del derecho refiriéndose a las medidas cautelares. Calamandrei señala:

No obstante en la práctica judicial esta mayor facilidad y celeridad con que, en razón de la urgencia, es dable obtener del juez, con base en una información superficial y sumaria, una providencia cautelar contra el adversario indefenso es a menudo mal lograda por fines que van mucho más allá de las previsiones de la ley. La providencia cautelar, que en la intención de la ley debería tener finalidades meramente conservativas de la situación de hecho (*lite pendente nihil Innovetur*), sin perjuicio alguno de la decisión de mérito, viene a ser en realidad, en manos de un litigante astuto, un arma a veces irresistible para constreñir a su adversario a la rendición, y obtener así en el mérito una victoria.⁸⁵

3.5.2 Garantía o caución

La doctrina y las leyes manejan como sinónimos las palabras garantía, fianza, contracautela y caución, es por eso que resulta a veces complicado tratar una sin tener que referirte a la otra. Pero es importante diferenciar los tres conceptos, si es que existe diferencia, para un mejor manejo del tema y una mejor aplicación de esta figura.

Por lo antes mencionado haremos un pequeño estudio de los significados de cada una de estas palabras, para así tener un panorama claro de su significado y sobre todo su uso en el artículo que desarrollaremos en el capítulo V. Caución:

⁸⁵Calamandrei, Piero, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Editorial el Foro, Buenos Aires, Argentina, 1996. Citado por GINEBRA SERRABOU, Xavier op. cit., nota 45, p. 93.

“Este vocablo denota garantía y significa que la misma debe ser dinero en efectivo. A las palabras caución y fianza comúnmente se les atribuye el mismo significado. No obstante, caución denota garantía, y fianza una forma de aquella; por ende caución es género y fianza es especie.”⁸⁶

“Seguridad o resguardo que consiste, por lo general, en el depósito o afectación de ciertos bienes al cumplimiento de una obligación derivada del proceso.”⁸⁷

Esta definición nos ayuda a descartar a la fianza como un sinónimo de garantía y caución, ya que la fianza como se menciona es una forma de garantizar el pago de daños y perjuicios, mientras que nos lleva a entender que la garantía es un elemento de la caución. No son sinónimos, sino que una implica a la otra. Garantía según DRAE *“Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad.”⁸⁸*

“Aquellas que exige la ley que se otorguen en determinados casos para garantizar el pago de los daños y perjuicios que pueden resultar de las medidas de seguridad o de carácter coactivo que el juez autorice a procedimiento de una de las partes y en contra de la otra.”⁸⁹

⁸⁶ FACULTAD DE DRECHO DE LA UNAM, voz “Caución” Colegio de profesores de Derecho Procesal, Diccionarios Jurídicos Temáticos, Derecho Procesal, Oxford University Press, Segunda edición, México, 2001.

⁸⁷ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, voz “Caución” *Diccionario para Juristas*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México, 2001.

⁸⁸ Real Academia Española, Voz “garantía” *Diccionario de la Lengua Española*, Editorial Espasa, España, 2011.

⁸⁹ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, voz “Garantía” *Diccionario para Juristas*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México, 2001.

Si tomamos en cuenta los conceptos mencionados, se podría considerar que la caución en las medidas cautelares son: Las acciones que el actor debe de llevar a cabo para asegurar y proteger contra algún riesgo o necesidad a su contraparte, como resultado de la medida cautelar solicitada ante la autoridad. Mientras que la contragarantía (por ser el termino usado en el CFPC), Son las acciones que el demandado debe de llevar a cabo para asegurar y proteger contra algún riesgo o necesidad a su contraparte y obtener como resultado el permiso de la autoridad de continuar realizando la acción contra la que se dictó la medida cautelar.

La caución es considerada como un requisito de procedencia para CFPC artículo 391 y LPI artículo 199 BIS 1 fracción II que ya hemos mencionado, en LFPCA artículo 27 es una condicionante y esta se tendrá que dar en el caso que el procedimiento seguido pueda resultar en daños a terceros y finalmente LFPC no menciona la existencia de esta figura, ni como requisito de procedencia ni como condicionante. Esta figura debería de ser utilizada como un requisito de efectiva aplicación de las medidas más que un requisito de procedencia.⁹⁰

Podemos afirmar que la caución suple la previa audiencia, este es un porque la previa audiencia no se ve violentada, ya que si al ordenar las medidas cautelares no se escuchó a la parte en contra quien se ordenan, en otras

⁹⁰ Grupo Editorial El Derecho y Quantor, S.L., voz “Medidas Cautelares”, Diccionario Jurídico El Derecho, Grupo Editorial El Derecho y Quantor, S.L., España, 2009

palabras no se le permitió ser oído y vencido al ordenarse esta medida (principio *Inaudita altera parte*), algo que podrá garantizar que el peticionante de la medida cautelar no la esté usando como forma de amedrentar a su contraparte es el ordenar una caución proporcional al bien o derecho que corre el peligro de ser disminuido en el procedimiento. Respecto a la caución Roland Arazi menciona lo siguiente

La caución se funda en el principio de igualdad, ya que persigue el equilibrio entre las partes al postergarse la bilateralidad: por un lado se autoriza al peticionario a asegurar un derecho aún no reconocido judicialmente, sin oír al contrario, pero por otro, se garantiza a este la efectividad del resarcimiento por los daños que pudiese ocasionarle, si aquel derecho no existiera.⁹¹

Si bien existen otras formas de prestar caución, diferentes a la fianza como lo son la caución juratoria, fianza personal y fianza real, en nuestra legislación, después del estudio realizado a las leyes administrativas que permiten el uso de medidas cautelares, es claro que la caución juratoria no es tomada en cuenta por nuestro sistema legal. Aunque en las leyes no se deja saber a simple lectura que tipo de fianza será la que debe de presentar el peticionante, se puede inferir que se refiere a la fianza real en la que se afectan bienes muebles o inmuebles a las resultas del proceso, para responder a eventuales daños y perjuicios.⁹²

Respecto a la forma de garantizar considero que al ser una materia meramente económica, la caución habría de ser en dinero lo cual significaría que la fianza sería la mejor forma de llevarla a cabo, al tratarse de un procedimiento seguido

⁹¹ ARAZI, Roland, et al, op. cit., nota 54, pág. 9 y 10

⁹² *Idem*

en forma de juicio. Descartando así el depósito y la prenda que con fines prácticos son comúnmente usados en contratos como una forma de asegurar el pago a cambio de la contraprestación de un servicio.

Algunos doctrinarios opinan que la caución siempre debería de ser otorgada como un requisito de procedencia para el otorgamiento de las medidas cautelares, en razón de evitar el riesgo que estas implican para la parte demandada.⁹³ Mientras que otros mencionan que debería de pedirse la caución solo en los casos que terceros sean los afectados por las medidas cautelares dictadas.⁹⁴

En mi opinión, la cual se verá reflejada en el capítulo VI cuando se redacte el artículo propuesta para la LFCE, se debe de otorgar caución en determinadas medidas cautelares y cuando exista una posibilidad de daño a terceros. Dado que en el procedimiento seguido para la sanción de prácticas monopólicas relativas existe un periodo extenso de investigación (como se mencionó en el capítulo segundo), es posible determinar con mayor precisión si es necesaria una garantía y, que esta en caso de fijarse esté mejor calculada en relación a cubrir los daños y perjuicios que pueda llegar a sufrir el demandado.

Respecto a la contragarantía, es necesario señalar que esta se otorga en casi todas las ocasiones en que el actor ofrece caución, menos en los casos que la

⁹³ CHIOVENDA, Giuseppe, op. cit., nota 46, p.262-263.

⁹⁴ GINEBRA SERRABOU, Xavier, op. cit., nota 69, p. 101.

ley señala como cuando la medida cautelar es el depósito o aseguramiento de un bien y este corra el peligro de ocultarse, perderse o alterarse según el artículo 392 CFPC. De esta forma la parte contra la cual se dicta la medida cautelar podrá dar una cantidad determinada para poder seguir llevando a cabo la conducta que se le prohibió hacer a través de la medida cautelar solicitada por su contraparte y ordenada por el juzgador o la autoridad que decidirá sobre el fondo del problema.

3.5.3 Pago de daños y Perjuicios.

Este es un aspecto más de las medidas cautelares que debe ser estudiado ya que si se ordenan o no cualquiera de las partes podría sufrir danos o perjuicios, es por eso que debemos de estudiar el concepto de estas figuras y el que se debe hacer en caso de que se presenten estos resultado de la aplicación o no de las medidas cautelares.

Por daño se entiende. Del latín, *damnum*, daño, deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa, o dolor que se provocan en la persona, cosas, o valores morales o sociales de alguien.⁹⁵ Según el artículo 2108 del Código Civil Federal se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. Perjuicio, según el artículo 2109 del Código

⁹⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Voz “Daños”, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Tomo III, Editorial Porrúa SA. De CV., México, 2004

Civil Federal se entiende como la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Por la posible existencia de estos elementos se fija una garantía y es hasta el momento que se resuelve el caso de fondo, cuando sabremos si el demandado recibirá o no el monto fijado de garantía. De no haberse fijado una fianza o que esta haya estado mal calculada, podría el demandado o los terceros afectados presentar una demanda reconvencional en la que se exija que se cubra el pago de daños y perjuicios sufridos como, siempre y cuando estos se hayan generado.⁹⁶

⁹⁶ Grupo Editorial El Derecho y Quantor, S.L., voz “Medidas Cautelares”, Diccionario Jurídico El Derecho, Grupo Editorial El Derecho y Quantor, S.L., España, 2009

Capítulo 4 Medidas Cautelares en materia de competencia en otras legislaciones.

Después de haber analizado la figuras de las medidas cautelares a la luz del derecho administrativo mexicano, ahora es momento de que se analicen las medidas cautelares a la luz del derecho de competencia económica en otras legislaciones. Este estudio de derecho comparado no se debe de tomar a la ligera y comparar legislaciones de diferentes familias, ya que sería totalmente irreal e ineficiente tratar de estudiar instituciones aplicadas al derecho de un sistema jurídico que pertenece a una familia del derecho totalmente diferente a la del derecho continental o escrito como es el nuestro. Así es que con base en la doctrina del derecho comparado, se han escogido legislaciones pertenecientes a la familia del derecho continental para así estudiar y adoptar ideas aplicadas a las medidas cautelares utilizadas en el derecho de la competencia de cada una de estas, como lo son España, Italia, Francia y Argentina.⁹⁷

Es importante señalar que los países europeos mencionados en este capítulo han facultado a sus autoridades nacionales de defensa de la competencia para ordenar medidas cautelares, como resultado del REGLAMENTO (CE) No 1/2003 DEL CONSEJO⁹⁸, que autoriza a cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea a la aplicación de estas medidas cautelares en los supuestos de los

⁹⁷ SIRVENT GUTIRREZ, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Editorial Porrúa, Octava edición, México 2006.

⁹⁸ “Reglamento n° 1/2003”, *Diario Oficial de la Comunidades Europeas*, 2003

artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Dichos artículos prohíben la colusión entre competidores y el abuso de dominancia, a lo que llamamos en México prácticas monopólicas.⁹⁹

Una pequeña advertencia es que aún cuando se han escogido legislaciones de la familia del derecho continental, no todas las modalidades de medidas cautelares se podrán adoptar tal cual son, debido a que aún dentro de la misma familia del derecho existen diferencias en como cada legislación maneja el derecho de la competencia y como resultado he decidido adaptar dichas instituciones a nuestro derecho, en lugar de simplemente adoptarlas.

4.1 Legislación Española;

En cuanto a las medidas cautelares, la Ley flexibiliza y agiliza el sistema para su acuerdo, en cualquier momento del procedimiento y sin un plazo máximo de duración, sin embargo la doctrina ha señalado que estas tendrán como plazo un máximo de 6 meses con la opción de que este plazo pueda ser renovado.¹⁰⁰ A lo largo de numerosos artículos, va detallando todos los supuestos que podrían surgir de la solicitud de ordenar medidas cautelares. Debido a esto señalaré el artículo en cuestión y haré una paráfrasis del contenido medular del mismo, obviando que el artículo u artículos medulares que regulen la imposición de

⁹⁹ PACE, Lorenzo Federico, Derecho Europeo de la Competencia, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Primera Edición, España, 2007, p.276.

¹⁰⁰ ESCUDERO Alberto, RAQUEL Ferrer, Otros, Apuntes de Derecho de la Competencia Comunitario y Español, Editorial DYKINSON, España, 2002, p. 182.

medidas cautelares no serán parafraseados, sino que se plasmarán tal cual son seguidos de los comentarios y análisis que se deriven de estos.

Como introducción al pensar de los españoles sobre las medidas cautelares en el derecho de la competencia, es importante citar una resolución de el Tribunal de Defensa de la Competencia de dicho país ha dicho, en efecto, que *“las medidas cautelares en materia de competencia, por los derechos que se tutelan, son tan imprescindibles que de no existir, habría que inventarlas como ha hecho el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”*¹⁰¹

LEY 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Artículo 27. Publicidad de las actuaciones de la Comisión Nacional de la Competencia.

Este artículo hace un listado de las resoluciones y acuerdos que harán públicos en los que se encuentran las resoluciones que acuerden la imposición de medidas cautelares.

Artículo 36. Plazo máximo de los procedimientos.

Este artículo fija como plazo máximo de tres meses, para que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dicte y notifique la resolución relativa a la adopción de medidas cautelares a instancia de parte. Cuando la solicitud de medidas cautelares se presente antes de la incoación del expediente, el plazo

¹⁰¹ Tribunal de Defensa de la Competencia de España, *SERVICOM. v. TELEFONICA*, MC 18/96, (1997)

máximo de tres meses comenzará a computarse desde la fecha del acuerdo de incoación.

*Incoar. Comenzar algo, llevar a cabo los primeros trámites de un proceso, pleito, expediente o alguna otra actuación oficial.*¹⁰² En el caso de la legislación española de competencia se refiere a un expediente, al haber reunido los elementos suficientes para armar el expediente respectivo para el procedimiento a seguir.

Artículo 38. Efectos del silencio administrativo.

Si el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia no resuelve en cuanto a adopción de medidas cautelares en el plazo de tres meses según el artículo anterior, determinará su desestimación por silencio administrativo.

Artículo 41. Vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos.

Artículo respectivo a la facultad de vigilancia de La Comisión Nacional de la Competencia respecto la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.

¹⁰² Real Academia Española, Voz “incoar” *Diccionario de la Lengua Española*, Editorial Espasa, España, 2011.

SECCIÓN 3.^a DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Artículo 54. Adopción de medidas cautelares.

Una vez incoado el expediente, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, las medidas cautelares necesarias tendientes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte.¹⁰³

Este artículo señala el momento en el que la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar las medidas cautelares necesarias tendientes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte. Si es cierto que este artículo no detalla mucho sobre la aplicación de estas medidas, también es cierto que es muy importante en su existencia, porque posteriormente en el reglamento de esta ley se desarrolla el resto de las características de esta figura.

Será de gran importancia señalar que estas medidas se pueden solicitar de oficio o a petición de parte, situación que permite que el denunciante de las prácticas se sienta más involucrado en el procedimiento seguido ante estas prácticas. En caso de que la autoridad no se haya percatado de la necesidad de estas medidas la parte afectada puede solicitarlas y ya dependerá del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia si las ordena o no.

Artículo 67. Multas coercitivas.

¹⁰³ “Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia”, Boletín Oficial del Estado, Artículo 54, España, 2007.

Facultad de la Comisión Nacional de la Competencia de aplicar multas coercitivas de hasta 12.000 euros al día con el fin de obligar al cumplimiento de las medidas cautelares, esto será independientemente de algunas otras medidas que la Comisión considere necesarias.

A continuación analizaré los artículos referentes a medidas cautelares del reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia de España. Siguiendo con la misma mecánica que en la sección anterior.

Reglamento de la LEY 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

SECCIÓN 3.ª DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Artículo 40. *Clases de medidas cautelares.*

1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 54 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar, entre otras, las siguientes medidas cautelares tendentes a asegurar la eficacia de la resolución:

a) Órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere.

b) Fianza de cualquier clase declarada bastante por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.

2. No se podrán dictar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales.¹⁰⁴

¹⁰⁴ “Reglamento de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia”, Boletín Oficial del Estado, España, 2007.

Menciona solo dos clases de medidas que la Comisión Nacional podrá tomar al ordenar las medidas cautelares que son la orden de dejar de realizar la conducta denunciada o condicionar esta y la aplicación de una fianza que el Consejo de la Comisión Nacional declare como bastante.

El artículo señala que estas acciones no son excluyentes, tampoco resulta ser una lista exhaustiva, sino que de su lectura es enunciativa, permitiendo la existencia de un gran número de medidas que la Comisión Nacional pueda dictar.¹⁰⁵

El numeral uno de este artículo deja abierta una gran puerta a la Comisión Nacional para que esta pueda ordenar las medidas cautelares que a su parecer sean necesarias, sin embargo este numeral dos limita las medidas en el sentido de que estas no podrán originar perjuicios irreparables a los interesados, ni implicar la violación de derechos fundamentales, que a mi parecer brinda una mayor seguridad jurídica para los implicados.

Artículo 41. Adopción y régimen jurídico de las medidas cautelares.

1. La Dirección de Investigación, durante la fase de instrucción del procedimiento sancionador, podrá proponer al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de oficio o a instancia de los interesados, la adopción de medidas cautelares. Si las medidas cautelares hubieran sido solicitadas por los interesados, la Dirección de Investigación, en el plazo de dos meses a contar desde la presentación de la solicitud o, en su caso, de la adopción del acuerdo

¹⁰⁵ CONCURRENCES, Antitrust Encyclopedia, <http://www.concurrences.com>, Francia, 2011.

de incoación, elevará la propuesta al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, sin perjuicio de lo cual la petición sólo podrá entenderse desestimada por silencio negativo transcurrido el plazo máximo de tres meses, que se computará de acuerdo con lo previsto en el artículo 36.6 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

2. Cuando durante la fase de resolución del procedimiento sancionador los interesados soliciten al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia la adopción de medidas cautelares o éste considere que dicha adopción es necesaria, solicitará informe a la Dirección de Investigación sobre su procedencia. Si las medidas cautelares hubieran sido solicitadas por los interesados, la Dirección de Investigación elevará su informe en el plazo de dos meses a contar desde la petición de informe por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

3. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, una vez recibida la propuesta o, en su caso, el informe de la Dirección de Investigación oír a los interesados en el plazo de cinco días, transcurridos los cuales resolverá sobre la procedencia de las medidas.

4. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de oficio o a instancia de los interesados, y previo informe de la Dirección de Investigación, podrá acordaren cualquier momento de la tramitación del procedimiento sancionador, la suspensión, modificación o revocación de las medidas cautelares en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieran ser conocidas al tiempo de su adopción, concediendo a los interesados un plazo de 5 días para que aleguen cuanto estimen pertinente para la defensa de sus derechos e intereses.

5. Las medidas cautelares cesarán cuando se adopte la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que ponga fin al procedimiento y en ningún caso su propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación suspenderá la tramitación del procedimiento.

6. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en caso de incumplimiento de las medidas cautelares acordadas el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá imponer multas coercitivas que se regirán por lo dispuesto en el artículo 21 del presente Reglamento.¹⁰⁶

Según la ley de Defensa de la Competencia española las etapas del procedimiento de sanción de conductas prohibidas (acuerdos prohibidos, abuso de dominancia y actos desleales) son las siguientes: Iniciación de oficio o por denuncia, instrucción acusación ante Organismo de Resolución, propuesta de sobreseimiento, propuesta de terminación convencional, período de alegaciones

¹⁰⁶ “Reglamento de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia”, Op. Cit., nota 104, Artículo 41.

y prueba, vista o conclusiones y resolución.¹⁰⁷ En el párrafo anterior se menciona la fase de instrucción que según la misma ley es la etapa en que se realizarán todos los actos precisos para el esclarecimiento de los hechos y se garantizará la contradicción y el derecho de defensa de los denunciados.

El artículo 41 es una descripción de todo el procedimiento seguido para que la Comisión Nacional de Competencia ordene las medidas cautelares, desde su tramitación hasta el momento en que estas cesarán y bajo que circunstancias esto pasará. Aunque pareciera que simplemente reúne todo lo mencionado en la ley, este artículo reglamentario va un poco más allá, señalando algunos pasos no mencionados en la Ley.

No podremos cerrar este apartado sin contestar a las preguntas básicas que nos permitirán comparar una legislación de la otra, sin decir que una es mejor que la otra, sino según la idoneidad de estas según la gente y el sistema jurídico de cada país. ¿Quién puede solicitarlas? ¿Cuándo pueden ser solicitadas? ¿Cómo se solicitan? ¿Por qué motivos se solicitan? ¿Cómo se ven reflejados los principios doctrinales en la ley? ¿Cuál es el plazo de duración de estas?

Las medidas cautelares son solicitadas de oficio o a petición de parte a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación (artículo 54 LDC), lo

¹⁰⁷ Comisión Nacional de la Competencia, ALONSO, Soto Ricardo, “*Observaciones al “Libro Blanco para la reforma del sistema español de Defensa de la Competencia”*”, España, 2011, <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx>.

cual significa que desde la segunda etapa del procedimiento conocida como la etapa de instrucción sabiendo que la primer etapa del procedimiento es la de la denuncia de la práctica.

En los artículos de esta ley no se puede apreciar los motivos por los cuales se solicitan las medidas, pero como se mencionó anteriormente en la introducción del presente capítulo estas medidas son incorporadas en las legislaciones nacionales de competencia como resultado del REGLAMENTO (CE) No 1/2003 DEL CONSEJO, el cual tiene como motivos para ordenar las medidas cautelares “urgencia justificada por el riesgo de que se produzca un perjuicio grave e irreparable a la competencia”. Esta ley tampoco menciona un plazo fijo de estas medidas, sin embargo menciona lo siguiente “Las medidas cautelares cesarán cuando se adopte la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que ponga fin al procedimiento” artículo 40 numeral 5 del reglamento de la ley de defensa de la competencia (desde ahora RLDC).

Respecto a los principios doctrinales de las medidas cautelares que se encuentran en la presente ley estudiada deja de entre visto que en España no se aplica el principio *Inaudita altera parte* ya que en el numeral tres y cuatro del artículo 40 RLDC menciona que habrá una audiencia para las partes involucradas, en el numeral tres se otorgan cinco días para que las partes interesadas preparen sus alegatos respecto a la medida, mientras que el numeral cuatro permite que respecto a la suspensión, modificación o revocación

de las medidas cautelares ordenadas, las partes tengan 5 días para preparar alegatos en caso de que una de las partes solicite alguna acción de estas. El principio *periculum in mora* se aprecia en el artículo 54 de la ley de defensa de la competencia cuando menciona que las medidas cautelares serán “tendientes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte.” Protegiendo así el derecho del peligro de la demora. El principio de *fumus boni iuris* se observa desde el momento en que de oficio o a petición de parte estas medidas pueden ser solicitadas basándose en la apariencia del buen derecho que puede vulnerarse.

4.2 Legislación Francesa;

En Francia no existe una ley especial creada para la protección y defensa de la libre competencia, en lugar de eso las disposiciones relativas a la defensa de la competencia están integradas en artículos dentro del Código de Comercio Francés, ahí podremos encontrar la forma de estructurar el derecho de la competencia francés y las autoridades de competencia que existen en Francia.¹⁰⁸

El artículo relativo a las medidas cautelares en Francia es el artículo L.464-1 del Código de Comercio Francés, no es un artículo tan elaborado como el respectivo

¹⁰⁸ CONCURRENCES, Antitrust Encyclopedia, <http://www.concurrences.com>, Francia, 2011.

a España, pero brinda la información necesaria para conocer como es manejada esta figura en Francia.

Artículo L.464-1

El Consejo de la Competencia podrá, a petición del Ministro de Asuntos Económicos, las personas indicadas en el último párrafo del artículo L.462-1 o empresas, y después de haber oído a las partes en cuestión y el comisario del Gobierno, adoptar el principio de medidas cautelares que se solicitan o que parecen necesarias que se adopten.

Estas medidas sólo podrán aplicarse, si la práctica reportada seria e inmediatamente socava la economía en general, la economía del sector en cuestión, el interés de los consumidores o la empresa denunciante.

Estos pueden incluir la suspensión de la práctica en cuestión y una orden a las partes para volver la situación al estado anterior. Deben ser estrictamente vinculados a lo estrictamente necesario para hacer frente a la emergencia.

Las medidas cautelares se publicará en el Boletín Oficial de la Competencia, Consumo y la Prevención de Fraude.¹⁰⁹

En referencia a su tramitación, la ley francesa en el artículo anterior da por hecho que al mismo tiempo que se solicite una medida cautelar deberá entregarse la denuncia de la práctica, por lo tanto no podrá solicitarse una medida cautelar sin existir una denuncia previa o al momento de la solicitud de la medida cautelar.¹¹⁰

Respecto a este artículo es importante mencionar que las medidas cautelares que el Consejo de la Competencia decida ordenar, pueden ser las que el agente económico que está siendo afectado solicita o las que el mismo consejo crea pertinentes ordenar. Esto le da un gran margen de discrecionalidad y de

¹⁰⁹ “Code de Commerce”, Journal Officiel Republique Francaise, Artículo L.464-1 Francia, 2006.

¹¹⁰ BARBIER DE LA SERRE, Eric, LAVEDAN, Marguerite, “*Interim measures adopted by competition authorities: A review of EU and national trends*”, e-Competitions National Competition Laws Bulletin, Francia, 2011, p.6

actuación al Consejo de la competencia respecto a las medidas que puede ordenar en caso de una violación en materia de competencia.¹¹¹

La frase “que parezcan necesarias que se adopten” se refiere al principio de proporcionalidad que adoptó la Comisión Europea en el caso Ford Werke en 1982, donde estableció la Comisión Europea que las medidas cautelares que se ordenen deben de estar restringidas a las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la decisión final.¹¹²

Estas medidas cautelares no solo son ordenadas en el caso de existir una afectación en contra de la competencia, sino también en contra de “la economía general, la economía del sector en cuestión (mercado relevante), el interés de los consumidores o la empresa denunciante”, teniendo así un gran número de intereses por proteger a través del ordenar medidas cautelares. Un ejemplo de esto es que en el caso KalibraXE vs EDF, en donde KalibraXE no pudo probar la afectación que estaba sufriendo por las prácticas que EDF estaba llevando a cabo y fue rechazada la medida cautelar ante este supuesto, pero la autoridad ordenó la ejecución de una medida cautelar en contra de EDF para remediar el daño causado en la competencia del sector eléctrico.¹¹³

¹¹¹ CONCURRENCES, Antitrust Encyclopedia, <http://www.concurrences.com>, Francia, 2011.

¹¹²THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Distribution system of Ford Werke, OJ 1982, L 256, p. 20, (1982)

¹¹³ French Competition Council, KalibraXE vs EDF, Decision n° 07-MC-01, (2007)

En Francia la ley no señala expresamente que estas medidas serán ordenadas ante una violación a la ley determinada *prima facie*, sin embargo después de una gran evolución en el Derecho de la competencia en el 2005 la Suprema Corte de Justicia Francesa facultó al Consejo de Competencia francés a ordenar las medidas cautelares cuando los hechos, como fueron presentados ante la autoridad al momento de la solicitud, sean “susceptibles” de la realización de una práctica anticompetitiva. A pesar de esto, solo son ordenadas las medidas cautelares en los casos que se presente una evidencia *prima facie* razonablemente fuerte para que estas sean dictadas.¹¹⁴

Con la información anterior buscaremos contestar a las siguientes interrogantes respecto a la legislación francesa de competencia ¿Quién puede solicitarlas? ¿Cuándo pueden ser solicitadas? ¿Cómo se solicitan? ¿Por qué motivos se solicitan? ¿Cuál es el plazo de duración de estas? ¿Cómo se ven reflejados los principios doctrinales en la ley?

Las medidas cautelares serán solicitadas de oficio o a petición de parte, el consejo será quien las ordene después de escuchar al Ministro de Asuntos Económicos, empresas, las partes y el comisionado del Gobierno. Las medidas cautelares pueden ser solicitadas al momento de presentarla denuncia, más no antes. Solo se ordenarán porque la práctica reportada sería e inmediatamente socava la economía en general, la economía del sector en cuestión, el interés de

¹¹⁴ BARBIER DE LA SERRE, Eric, LAVEDAN, Marguerite, op. cit., nota 110, p.4.

los consumidores o la empresa denunciante. Respecto al plazo no menciona uno, sin embargo podría suplirse con la frase de que las medidas se ordenarán según estas sean necesarias, dando un margen amplio para el tipo de medidas y el plazo utilizado.

Los principios doctrinarios encontrados en los artículos citados con anterioridad son los siguientes: *Periculum in mora* se dictará en los casos que la práctica reportada socava la economía y evitar que esta conducta prosiga. *Fumus boni iuris* dado a que basta con que se presente la denuncia para que se pueda solicitar la medida cautelar, si bien el consejo de competencia deliberará de la conveniencia de que esta se dicte y oír a otros sobre la toma de decisión, dado a que no hay conducta que se haya sancionado se considera que las medidas ordenadas serían en base al principio de apariencia de buen derecho. El principio *Inaudita altera parte* parece que no es muy utilizado en Europa, sin embargo dar 5 días de plazo para oír a las partes no es lo mismo al plazo que comúnmente se da a las partes para alegatos, podría ser que este principio no se transgreda con los plazos que se les da a las partes para que las medidas cautelares sean ordenadas.

4.3 Legislación Italiana;

Decreto de Ley 223/2006 del 4 de julio del 2006

Artículo 14 bis - Medidas provisionales

1. En casos de urgencia justificada por el riesgo de daño grave e irreparable a la competencia, la Autoridad podrá decidir de oficio sobre la adopción de medidas cautelares a través de un examen sumario con el que determinará la existencia de una posible infracción.
2. Las decisiones adoptadas en virtud del párrafo anterior, en cualquier caso no puede ser renovadas o extendidas.
3. La Autoridad, cuando las empresas no cumplan con una decisión que ordene medidas cautelares, podrá imponer multas administrativas de hasta el tres por ciento del volumen de negocios.¹¹⁵

En Italia las medidas cautelares se ordenan de oficio, tomando en cuenta como requisitos para que estas sean ordenadas es que exista un caso de fondo y la existencia del riesgo de daño grave e irreparable a la competencia.¹¹⁶

Con la entrada en vigor del reglamento No 1/2003, las cortes Italianas permitieron del año 2003 al año 2005, que se ordenaran las medidas cautelares en el caso de violaciones al derecho de competencia a nivel Unión Europea más no a nivel local. Es hasta el 4 de julio del año 2006 que se otorga a la Autoridad Italiana de defensa de la competencia la facultad de ordenar medidas cautelares para los casos locales. Sin embargo esta facultad ha sido utilizada solo en tres ocasiones desde que se facultó a la Autoridad Italiana para que ordenara medidas cautelares.¹¹⁷

Cuando entró en vigor esta reforma en la legislación italiana en defensa de la competencia, la misma autoridad italiana emitió un comunicado titulado

¹¹⁵ “Decreto-Legge 223/2006”, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Artículo 14-bis Italia, 2006.

¹¹⁶ CONCURRENCES, Antitrust Encyclopedia, <http://www.concurrences.com>, Francia, 2011.

¹¹⁷ BARBIER DE LA SERRE, Eric, LAVEDAN, Marguerite, op. cit., nota 110, p.2.

“COMUNICAZIONE RELATIVA ALL’APPLICAZIONE DELL’ART. 14 BIS DELLA LEGGE 10 OTTOBRE 1990, N. 287” para con este desarrollar de una manera más profunda el procedimiento a seguir para ordenar medidas cautelares, ya que el artículo anterior es demasiado general. En este comunicado se plasma lo siguiente:

“De acuerdo con los principios generales del nivel nacional y comunitario, la adopción de medidas cautelares pueden ser cuando se compruebe que las siguientes condiciones: la probabilidad de la existencia de una infracción y la idoneidad de comportamiento imputado a tener un perjuicio grave e irreparable a la competencia.

*In linea con i principi generali dell’ordinamento nazionale e comunitario, l’adozione di misure cautelari può avvenire laddove sia accertata l’esistenza dei seguenti presupposti: la probabilità della sussistenza di un’infrazione e l’idoneità del comportamento contestato a produrre un danno grave ed irreparabile alla concorrenza.”*¹¹⁸

También de la lectura de dicho comunicado se entiende que existen dos procedimientos para la adopción de medidas cautelares en procedimientos de competencia, los cuales son el regular y el de extrema gravedad y urgencia.

El procedimiento regular

La Autoridad, si se considera que a primera vista se dan las condiciones para que subsista la adopción de medidas cautelares, podrá iniciar el procedimiento, incluso con la puesta en marcha de la investigación y dar a las partes un plazo de no menos de siete días, en el que pueden presentar escritos y documentos.

¹¹⁸ COMUNICAZIONE RELATIVA ALL’APPLICAZIONE DELL’ART. 14 BIS DELLA LEGGE 10 OTTOBRE 1990, N. 287

Las partes también pueden solicitar una audiencia ante el Consejo. Cuando dicha solicitud se presente, el Consejo fijará la fecha de la audiencia, que se comunica a todas las partes. Una vez evaluadas las pruebas la Autoridad se pronunciará sobre las medidas cautelares y ordenará que las partes interesadas envíen cualquier información acerca de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la resolución.

Procedimiento para la adopción de medidas cautelares en casos de extrema gravedad y urgencia

En casos de extrema gravedad y urgencia, de igual forma que aplazó la intervención de medidas cautelares, la Autoridad también deberá iniciar la investigación. En el plazo de 7 días de la notificación a las partes de la decisión que se adopte, con carácter cautelar provisional. Las partes interesadas podrán presentar escritos y documentos, y solicitar una audiencia ante la Junta. Tomando en cuenta los argumentos de las partes, la Autoridad se pronunciará sobre las medidas cautelares y ordenará que las partes interesadas envíen cualquier información acerca de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la resolución.

Es momento de contestar a la siguientes interrogantes referentes a la legislación italiana en cuestión de medidas cautelares en competencia económica ¿Quién

puede solicitarlas? ¿Cuándo pueden ser solicitadas? ¿Cómo se solicitan? ¿Por qué motivos se solicitan? ¿Cuál es el plazo de duración de estas? ¿Cómo se ven reflejados los principios doctrinales en la ley?

Estas medidas a diferencia de las legislaciones anteriormente estudiadas, se ordenan de oficio y las medidas pueden ordenarse como resultado de un estudio *prima facie* de la práctica denunciada. Son dictadas en los casos de urgencia justificada por el riesgo de daño grave e irreparable a la competencia y cuando la autoridad lo determine dará a las partes un plazo de no menos de siete días, en el que pueden presentar escritos y documentos. El plazo de duración no está especificado pero este no podrá ser renovado o extendido, lo que infiere que la autoridad de competencia deberá de ser muy cuidadosa al calcularlo.

El principio de *Fumus boni iuris* se observa ya que resultado de un examen superficial esta medida podrá ser considerada, mientras que el principio de *Periculum in mora*, solo serán tomados en cuenta los casos de urgencia justificada. El principio de *Inaudita altera parte* se ve cumplido ya que solo se dará audiencia si las partes la solicitan y la autoridad dará un plazo de 7 días para que las partes presenten documentos y alegatos respecto a las medidas ya tomadas.

4.4 Legislación Argentina;

Ley 25.156 Ley de Defensa de la competencia (LDC).

ARTICULO 24. — Son funciones y facultades del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia:

... m) Solicitar al juez competente las medidas cautelares que estime pertinentes, las que deberán ser resueltas en el plazo de 24 horas.¹¹⁹

ARTICULO 35. — El Tribunal en cualquier estado del procedimiento podrá imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de la conducta lesiva. Cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión. Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación con efecto devolutivo, en la forma y términos previstos en los artículos 52 y 53.

En igual sentido podrá disponer de oficio o a pedido de parte la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de su adopción.¹²⁰

El art. 35 de la LDC establece la posibilidad a las partes de solicitar medidas cautelares, con la finalidad que el perjuicio ocasionado por la conducta anticompetitiva o el abuso de la posición dominante no se incremente: “el Tribunal en cualquier estado del procedimiento podrá imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de la conducta lesiva. Cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión”.¹²¹

¹¹⁹ “Ley 25156/1999 de Defensa de la Competencia”, Boletín Oficial de la República de Argentina, Argentina, Artículo 24, 1999.

¹²⁰ *Ibidem*, Artículo 35

¹²¹ OCHA URIOSTE, Mauricio, “Análisis del Derecho de la Competencia en Argentina”, Boletín latinoamericano de competencia, México. 2008.

También es importante señalar que en este artículo se hace mención del principio de proporcionalidad utilizado en Europa, que ya ha sido mencionado, aquí se ve reflejado en esta frase “Cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión.” Al parecer resulta de tal importancia dicho principio en la materia de competencia que por eso es que se ha difundido entre las legislaciones de la materia alrededor del mundo.

ARTICULO 52. — Son apelables aquellas resoluciones dictadas por el Tribunal que ordenen:

- a) La aplicación de las sanciones de multa;
- b) El cese o la abstención de una conducta;
- c) La oposición o condicionamiento respecto de los actos previstos en el Capítulo III;
- d) La desestimación de la denuncia por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Las apelaciones previstas en el inciso a) se otorgarán con efecto suspensivo, y la de los incisos

b), c), y d) se concederán con efecto devolutivo.¹²²

ARTICULO 53. — El recurso de apelación deberá interponerse y fundarse ante el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia dentro del plazo de quince (15) días de notificada la resolución. Dicho Tribunal dentro de los cinco (5) días de interpuesto el recurso deberá elevar el expediente a la Cámara Nacional de Apelaciones en Comercial o a la Cámara Federal que corresponda en el interior del país.¹²³

De acuerdo a los términos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que regula la figura de las medidas cautelares del artículo 195 al artículo 237, cualquier juez podrá disponer una medida cautelar, antes o después de deducida la demanda, si la parte que la solicita demuestra: verosimilitud del

¹²² *Ibidem*, Artículo 52.

¹²³ *Ibidem*, Artículo 53.

derecho, peligro en la demora y otorga suficiente contracautela. A pesar de esto no hay mención alguna en las memorias de la CNDC que señale que se ha exigido alguna garantía especial a las personas que han requerido una Medida Preventiva, de acuerdo a lo establecido por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.¹²⁴

Finalizando el examen de la última legislación que se estudió, es momento de contestar a las interrogantes que nos señalarán la forma que Argentina aplica tales medidas ¿Quién puede solicitarlas? ¿Cuándo pueden ser solicitadas? ¿Cómo se solicitan? ¿Por qué motivos se solicitan? ¿Cuál es el plazo de duración de estas? ¿Cómo se ven reflejados los principios doctrinales en la ley?

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento de investigación sobre alguna conducta restrictiva a la competencia podrá imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de una conducta lesiva. Cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas preventivas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión. Las medidas cautelares serán dictadas porque se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia, en esto se ve el principio de *Fumus boni iuris* ya que se dictaran cuando se pudiere causar una

¹²⁴ Boletín de novedades de Marval, O'Farrell & Mairal, *Medidas preventivas en el derecho de defensa de la competencia*, <http://www.marval.com.ar>, Argentina, 2011.

lesión, sin que el juzgador esté seguro pero existe la apariencia de un buen derecho que puede ser menoscabado.

Periculum in mora es observado ya que se dictan para evitar que la conducta que se está realizando pueda afectar aún más con el transcurso del tiempo el derecho que se está resguardando en el procedimiento. Mientras que el principio *Inaudita altera parte* se ve reflejado en que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia solicitará esta orden a un Juez y este deberá de contestar a tal solicitud en 24 horas. Sin embargo las partes podrán una vez ordenadas las medidas solicitar su modificación.

Capítulo 5 Propuesta de artículo que regule medidas cautelares en la LFCE

El pasado 28 de abril de 2010 en el Palacio Legislativo de San Lázaro, la comisión de economía de la cámara de diputados del H. congreso de la Unión, presentó el dictamen a las modificaciones del texto de la Ley federal de competencia económica, que dentro de todas las reformas incluía la ampliación de las facultades de la Comisión Federal de Competencia Económica para que pueda aplicar medidas cautelares con el objeto de suspender los actos constitutivos de las probables prácticas monopólicas relativas y concentraciones prohibidas.

Dentro de la exposición de motivos de esta propuesta de modificación de la Ley Federal de Competencia Económica se plasma lo siguiente respecto a las medidas cautelares: “Tomando en consideración las mejores prácticas internacionales, se introduce la figura de la medida cautelar en la Ley Federal de Competencia Económica, con el propósito de que durante el procedimiento de competencia se suspendan aquellas posibles prácticas que pudieran dañar, disminuir o impedir el proceso de competencia y libre concurrencia.”¹²⁵ Asimismo, estableció dos restricciones; la primera de ellas en el sentido de que dicha suspensión no podría “tener como objeto limitar la capacidad de producción de bienes o prestación de servicios que el agente económico sujeto

¹²⁵ Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, <http://gaceta.diputados.gob.mx/>, México, 2011

a la medida tenga al momento del inicio de la investigación”, y la segunda, en el sentido de que tampoco podría “dañar de manera irreversible los procesos de producción, distribución y comercialización de dicho agente económico”.¹²⁶

No obstante, como resultado del debate en la Cámara de Senadores, en primer término se eliminó esta facultad del dictamen correspondiente, pues existía temor de que en la medida en que la autoridad no tuviera responsabilidad en caso de que se resolviera la licitud de la práctica en el procedimiento, se generara un margen para el ejercicio discrecional y arbitrario de la medida.

La Comisión de Economía ha insistió en la inclusión de la medida cautelar de suspensión de una posible práctica anticompetitiva, pues estima que evitar restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, y con ello proteger a los consumidores y al proceso de competencia, es una prioridad que debe imponerse a los intereses particulares, es por eso que el pasado 14 de abril de 2011 se publicó un nuevo dictamen mejorando al que en un principio presentó la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados. Y como resultado se modificaron más artículos siendo objeto del presente análisis los siguientes, artículos 24, 25, 34 bis 4, 35 fracción XIII y 35 bis de la LFCE.

¹²⁶ *Idem*

Finalmente el pasado 10 de Mayo de 2011 después de ser aprobada la propuesta de reforma a la LFCE tanto en la cámara de diputados y la cámara de senadores, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por parte del la secretaria de economía donde quedan establecidos los artículos reformados.

5.1 Artículo resultado del proceso de reforma 2011

A continuación se podrán apreciar los artículos respectivos a medidas cautelares en el proceso de investigación de la COFECO, junto con mi opinión basada en el estudio realizado en los capítulos anteriores. En negrillas se escribirán los artículos de la reforma y en letra normal mis comentarios respecto a estos.

Artículo 24. La Comisión tendrá las siguientes atribuciones:

... IV bis. Ordenar la suspensión de los actos constitutivos de una probable práctica monopólica o probable concentración prohibida; así como fijar caución para evitar o levantar dicha suspensión.¹²⁷

Es necesario que esta facultad o atribución que se le reconoce a la COFECO, sea anexada en este artículo, de forma meramente enunciativa, y que posteriormente esta facultad se mencione de una forma más elaborada en algún artículo posterior. Cabe señalar que de la redacción de este artículo se puede

¹²⁷ “Ley Federal de Competencia Económica”, Diario Oficial de la Federación, Artículo 23, México, 1992.

apreciar que no se limita la facultad a ser aplicable a prácticas monopólicas relativas, sino también a prácticas monopólicas absolutas y concentraciones prohibidas, las tres figuras sancionadas en la LFCE.

Artículo 25. El Pleno estará integrado por cinco comisionados, incluyendo al Presidente de la Comisión. Deliberará de forma colegiada y decidirá los casos por mayoría de votos, salvo las decisiones que requieran una mayoría calificada en los términos de esta Ley.

Las deliberaciones del Pleno deberán contar con los votos de todos los comisionados. Los comisionados no podrán abstenerse de votar. Los comisionados que se encuentren ausentes durante las sesiones del Pleno deberán de emitir su voto razonado por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes a la sesión.

En casos graves en los que los comisionados no puedan ejercer su voto o estén impedidos para ello, el Presidente de la Comisión contará con voto de calidad para decidir los casos que se presenten al Pleno.

Corresponde al Pleno el ejercicio de las atribuciones señaladas en las fracciones IV, IV bis, V, VI, VIII, X, XII, XIII bis, XVI, XVIII bis, XVIII bis 1, XVIII bis 2 y XVIII bis 3 del artículo 24 de esta Ley, y las demás atribuciones concedidas expresamente al Pleno en esta Ley.¹²⁸

Este artículo permite entender que solo el Pleno de la COFECO será quien decida sobre la aplicación de las medidas cautelares, lo cual es de suma importancia, El Pleno está integrado por expertos en la materia de competencia lo cual permitirá que estas medidas sean aplicadas cuando en verdad se necesiten y de la forma y cuantía en que la situación lo amerite, dando una mayor certeza de la correcta aplicación de las medidas cautelares.

El siguiente artículo es en el que se regula de lleno la facultad de ordenar medidas cautelares por parte de la COFECO y por lo tanto será el más

¹²⁸ *Ibidem*, Artículo 25.

controvertido, no digo que este artículo 34-bis 4 sea completamente erróneo, pero si considero que algunos puntos de este hacen que el objetivo que persigue de “suspender aquellas posibles prácticas que pudieran dañar, disminuir o impedir el proceso de competencia y libre concurrencia” no pueda realizarse de una manera óptima.

Artículo 34-bis 4.- A partir de la emisión del oficio de probable responsabilidad y hasta antes de que se dicte resolución, en los casos que se pueda presentar un daño irreversible al proceso de competencia y libre concurrencia, el Pleno, a propuesta del Secretario Ejecutivo, podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión de los actos constitutivos de la probable práctica monopólica o probable concentración prohibida, con el propósito de prevenir o evitar que se dañe, disminuya o impida el proceso de competencia y libre concurrencia durante la tramitación del procedimiento.¹²⁹

Sobre lo mencionado en este primer párrafo del artículo 34-bis 4 tengo dos observaciones principales que enumeraré para su estudio:

1. Las medidas cautelares son ordenadas por el Pleno de la comisión, pero deben de ser solicitadas de oficio o a petición de parte.

Existen posturas en el sentido de que las medidas cautelares podrían ser utilizadas como un arma en contra del agente económico denunciado y que el facilitar su tramitación podría provocar un abuso de estas medidas. Sin embargo que exista dicha posibilidad, no significa que se lleve a cabo, además será bajo la discreción del Pleno de la COFECO que se ordenen dichas medidas, lo cual significa que la simple solicitud de la parte denunciante no resultará en la orden

¹²⁹ *Ibidem*, Artículo 34-bis 4

de ejecución de las mismas. Ejemplos de lo anterior son Francia e Italia que a pesar de la fácil tramitación de estas medidas en el año 2007 solo se ordenaron seis medidas cautelares en Francia, mientras que en Italia desde el año 2006 a la fecha solo se han ordenado en tres ocasiones medidas cautelares.¹³⁰

Como ya mencionamos en el capítulo IV de esta tesis en España y Francia expresamente se permite que las medidas sean solicitadas a petición de parte o de oficio¹³¹, mientras que en Argentina la ley no lo expresa, pero de hecho se permite la solicitud del denunciante para ordenar las medidas cautelares¹³².

A título personal, considero que al permitir que las medidas cautelares puedan ser solicitadas a petición de parte podría servir de incentivo a que los agentes económicos denuncien más y participen de una forma activa en los procesos de investigación y el procedimiento seguido en forma de juicio. Lo anterior con razón de que esto representaría una mayor posibilidad de proteger su patrimonio e intereses, así el gobierno podría involucrar de una forma más activa a los agentes económicos en la protección de la competencia y libre concurrencia.

2. El momento en que se podrán ordenar las medidas cautelares es demasiado tardío en consideración al bien jurídicamente tutelado.

¹³⁰ BARBIER DE LA SERRE, Eric, LAVEDAN, Marguerite, op. cit., nota 110, p. 10.

¹³¹ CONCURRENCES, Antitrust Encyclopedia, <http://www.concurrences.com>, Francia, 2011.

¹³² Boletín de novedades de Marval, O'Farrell & Mairal, *Medidas preventivas en el derecho de defensa de la competencia*, <http://www.marval.com.ar>, Argentina, 2011

Si bien es cierto que después de dictarse el Oficio de Probable Responsabilidad (desde ahora OPR), la COFECO tendrá una mayor seguridad de la existencia de la práctica investigada, de esta manera las medidas cautelares ordenadas por el Pleno tendrán una mayor eficiencia y así se podrá evitar que la parte denunciante pueda llegar a utilizar las medidas cautelares como un escarmiento previo a la resolución de la COFECO en contra del agente o agentes económicos investigados.

En respuesta a lo anteriormente señalado podemos afirmar que una práctica monopólica relativa es denunciada o investigada hasta el momento que se detecta la posible conducta anticompetitiva que un agente con poder substancial en el mercado está realizando. Esperarse hasta que la comisión dicte el OPR para ordenar una medida cautelar, podría resultar en daños irreparables hacia los agentes económicos afectados y por ende al proceso de competencia económica. Todo esto si recordamos que en el capítulo segundo de esta tesis se hizo un estimado de los días que puede llegar a tomar el procedimiento de investigación de estas prácticas, previo a la emisión del OPR es de un estimado de 190 días hábiles como mínimo, a un máximo de 565 días hábiles.

Legislaciones como la Argentina y Española señalan expresamente en sus leyes que las medidas cautelares podrán ser dictadas en cualquier momento del procedimiento, mientras que la Italiana y la Francesa no lo establecen expresamente, pero basta la existencia de una denuncia de estas prácticas o

que se esté desarrollando el procedimiento para que se ordenen medidas cautelares.

Mi personal opinión es que estas medidas deben de ordenarse después del segundo periodo de investigación, esto puede presentar dos escenarios. 1) En el momento que se solicite un tercer periodo de investigación. 2) Si los primeros dos periodos de investigación bastan para emitir un OPR solicitando que comience el procedimiento seguido en forma de Juicio, podría ser 5 días hábiles después de emitirse dicho OPR.

Segundo y tercer párrafo del artículo 34-bis 4 LFCE:

En los casos en los que se dicte la suspensión en los términos señalados en el párrafo anterior, la sustanciación del procedimiento y la resolución del asunto tendrán trámite preferente y expedito.

La suspensión tendrá una duración máxima de cuatro meses contados a partir de que ésta se haya ordenado, prorrogable hasta por otros dos periodos iguales, siempre y cuando exista causa debidamente justificada. Para el caso de la segunda prórroga la causa debidamente justificada deberá ser aprobada por al menos cuatro comisionados.¹³³

Los dos últimos párrafos son de suma importancia, ya que una vez ordenada la medida cautelar, debe de ser una prioridad el resolver en caso, ya que estas medidas no son de carácter definitivo y de alargarse por mucho tiempo estas podrían resultar en un daño al proceso de competencia y libre concurrencia, en contrasentido de lo que quiere evitar la aplicación de las medidas cautelares.

¹³³ “Ley Federal de Competencia Económica”, op. cit., nota 127, Artículo 34-bis 4

También considero que el plazo de cuatro meses prorrogable en dos ocasiones lo que daría un total un año no es tan razonable en comparación de lo que llega a durar el procedimiento seguido en cuestión de prácticas anticompetitivas. Llama la atención la votación calificada que propone el párrafo anterior ya que esto hace que la prórroga sea aún más difícil de decidirse en caso de no lograrse dejaría a la parte afectada por la práctica sin la defensa de estas medidas cautelares.

Cuarto y quinto párrafo del artículo 34-bis 4 LFCE:

Si al finalizar el plazo señalado en el párrafo anterior no se hubiere resuelto el fondo del asunto, se levantará la medida cautelar, a menos de que estuviere pendiente el desahogo de pruebas ofrecidas por el agente económico señalado como probable responsable.

La suspensión a la que hace referencia este artículo, no podrá tener como objeto limitar la capacidad de producción de bienes o prestación de servicios que el agente económico sujeto a la medida tenga al momento del inicio de la investigación. Tampoco podrá dañar de manera irreversible los procesos de producción, distribución y comercialización de dicho agente económico.¹³⁴

Se puede observar que el presente párrafo es parecido al encontrado en el artículo 40 numeral 2 del RLDC de España “No se podrán dictar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales”.

Sexto párrafo del artículo 34-bis 4 LFCE:

Contra dicha medida el agente económico podrá solicitar al Pleno, que mediante procedimiento expedito que se establezca en el Reglamento de la Ley, le fije

¹³⁴ *Bidem*

caución a fin de evitar la suspensión de los actos constitutivos de dicha práctica. La caución deberá de ser bastante para reparar los daños que se pudiera causar al proceso de competencia y libre concurrencia si no obtiene resolución favorable. La Comisión emitirá los criterios técnicos respectivos para la determinación de las cauciones.¹³⁵

Tomando en cuenta que en las prácticas monopólicas relativas se castiga el abuso de dominancia es importante reconocer que no en todo caso se está abusando de la dominancia o que no siempre el agente del cual se cree que tiene dominancia no la tiene en verdad. Por lo mismo, existe la posibilidad de que el agente económico contra el cual sean adoptadas las medidas tenga la oportunidad de presentar caución, y así evite la suspensión de los actos constitutivos de dicha práctica.

Dentro de los daños que se pudieran causar en contra de la competencia y libre concurrencia, están los daños y perjuicios que puede llegar a sufrir el agente económico que está denunciando dicha práctica. Ya que si los competidores son afectados, resulta en un daño al proceso de libre competencia, pero no todo daño al proceso de libre competencia resulta en un daño en contra de los competidores, así que al calcularse la caución, esto debe de considerarse, incluyendo en caso de existir los daños y perjuicios en contra de los competidores. Respecto a la caución que deba de ofrecerse, a mi parecer debe de presentarse en forma de fianza ya que el punto central de esta materia es de carácter económico, tal como se mencionó en el capítulo III de la tesis.

¹³⁵ *Bidem*

Después de haber examinado otras leyes que contienen medidas cautelares en México y legislaciones extranjeras en materia de competencia, no encontré criterios técnicos para la determinación de la caución, en el caso de las legislaciones extranjeras no mencionan si quiera la caución ante la orden de ejecutar medidas cautelares. Bajo mi personal opinión los criterios que puede seguir el Pleno de COFECO para determinar la caución tendrán que incluir todos los elementos que incluyen el derecho de competencia, como lo son los agentes económicos y sus ganancias y/o pérdidas económicas, el bienestar del consumidor, barreras a la entrada de los mercados, y la garantía de libre competencia.

Séptimo párrafo del artículo 34-bis 4 LFCE:

La suspensión que dicte la Comisión no prejuzga respecto del fondo del asunto. En la resolución que ponga fin al procedimiento, la Comisión determinará el levantamiento de las medidas adoptadas.¹³⁶

Esta declaración dictada en el sentido de aclarar que estas medidas son de carácter provisional y cuyo objeto es, previendo el peligro en la dilación, suplir interinamente la falta de una resolución asegurando su eficacia, por lo que tales medidas, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo. Por lo tanto las medidas

¹³⁶ *Bidem*

cautelares incluidas en la LFCE no violan la garantía de audiencia que se encuentra en el artículo 14 constitucional.

Artículo 35. La Comisión podrá aplicar las siguientes sanciones:

... XIII. Multa hasta por el equivalente al diez por ciento de los ingresos del agente económico, por incumplir la orden de suspender los actos a los que se refiere el artículo 34-bis 4 de esta Ley.

Los ingresos señalados en las fracciones IV, V, VI, VII, VIII, XI, XII y XIII serán los acumulables para el agente económico directamente involucrado, excluyendo los obtenidos de una fuente de riqueza ubicada en el extranjero, así como los gravables si éstos se encuentran sujetos a un régimen fiscal preferente, para los efectos del Impuesto Sobre la Renta del último ejercicio fiscal en que se haya incurrido en la infracción respectiva. De no estar disponible, se utilizará la base de cálculo correspondiente al ejercicio fiscal anterior...

Artículo 35 bis. En el caso de aquellos agentes económicos que, por cualquier causa, no declaren o no se les hayan determinado ingresos acumulables para efectos del Impuesto Sobre la Renta, se les aplicarán las multas siguientes:

I. Multa hasta por el equivalente a un millón quinientas mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, para las infracciones a que se refieren las fracciones IV, XI, XII y XIII del artículo 35 de la Ley; ...¹³⁷

Es momento de hacer el mismo estudio realizado a las legislaciones extranjeras en materia de competencia, lo cual nos llevará a contestar las siguientes preguntas ¿Quién puede solicitarlas? ¿Cuándo pueden ser solicitadas? ¿Cómo se solicitan? ¿Por qué motivos se solicitan? ¿Cuál es el plazo de duración de estas? ¿Cómo se ven reflejados los principios doctrinales en la ley?

Las medidas serán ordenadas de oficio, tal como la legislación Italiana, lo cual como ya mencioné no permite la participación activa de los agentes económicos en el procedimiento de investigación y sanción de las prácticas monopólicas

¹³⁷ *Ibidem*, Artículo 35 bis.

relativas. Son solicitadas hasta después de emitido el OPR, en los casos que se pueda presentar un daño irreversible al proceso de competencia y libre concurrencia y como plazo mencionado es el de 4 meses con una ampliación hasta por dos ocasiones más.

Los principios de *Inaudita altera parte*, *Fumus boni iuris* y *Periculum in mora* están presentes en el artículo ya que no se da audiencia a la parte investigada y se considera el posible daño irreversible a la competencia y libre concurrencia como resultado de la tramitación del procedimiento. Pero a criterio personal no es un error de fondo el que hace que este artículo sea insuficiente, es la forma en que se desarrolla la figura en el procedimiento de investigación, la que hace que esta corra el riesgo de volverse ley muerta ya que no salvaguardará la competencia y la libre concurrencia por las mismas razones que he dado en el presente capítulo.

5.2 Propuesta de Artículo 34-bis 4

No se puede hacer una crítica a una institución sin antes tener una solución o una propuesta de mejora a esta, es por eso que he tomado el desafío de redactar el artículo 34-bis 4 a como yo entiendo que este debería de estar redactado.

Artículo 34-bis 4.- Después de terminado el segundo periodo de investigación, y antes de iniciar con el tercero o después del Oficio de Probable Responsabilidad, el Pleno, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar como medida cautelar la suspensión de los actos constitutivos de la probable práctica monopólica o probable concentración prohibida. Estas medidas serán dictadas con el propósito de prevenir o evitar que se dañe, disminuya o impida el proceso de competencia y libre concurrencia, la economía del sector en cuestión, el interés de los consumidores o del agente económico denunciante.

En los casos en los que se dicte la suspensión en los términos señalados en el párrafo anterior, la sustanciación del procedimiento y la resolución del asunto tendrán trámite preferente y expedito.

La suspensión tendrá una duración máxima de ocho meses contados a partir de que ésta se haya ordenado, prorrogables hasta por otros dos períodos iguales, siempre y cuando exista causa debidamente justificada.

Si al finalizar el plazo señalado en el párrafo anterior no se hubiere resuelto el fondo del asunto, se levantará la medida cautelar, a menos de que estuviere pendiente el desahogo de pruebas ofrecidas por el agente económico señalado como probable responsable.

La suspensión a la que hace referencia este artículo, no podrá tener como objeto limitar la capacidad de producción de bienes o prestación de servicios que el

agente económico sujeto a la medida tenga al momento del inicio de la investigación. Tampoco podrá dañar de manera irreversible los procesos de producción, distribución y comercialización de dicho agente económico.

Cuando la medida cautelar haya sido ordenada a petición de parte, el solicitante será responsable del pago de los daños y perjuicios causados a la persona en contra de quien se hubiesen ejecutado cuando la resolución definitiva que hubiese quedado firme sobre el fondo de la controversia declare que no existió violación ni amenaza de violación a los derechos del solicitante de la medida

El agente económico contra quien se adoptó la medida cautelar podrá solicitar al Pleno, que mediante procedimiento expedito que se establezca en el Reglamento de la Ley, le fije caución a fin de evitar la suspensión de los actos constitutivos de dicha práctica. La caución deberá de ser bastante para reparar los daños que se pudieran causar al proceso de competencia y libre concurrencia, así como los daños y perjuicios que pudieran resultar en contra el agente solicitante de la práctica. La Comisión emitirá los criterios técnicos respectivos para la determinación de la caución. La suspensión que dicte la Comisión no prejuzga respecto del fondo del asunto. En la resolución que ponga fin al procedimiento, la Comisión determinará el levantamiento de las medidas adoptadas.

5.3 Criterios Técnicos para la Determinación de Caucción.

Los criterios técnicos a los que se refiere el octavo párrafo de este artículo, que deberá de tomar en cuenta la Comisión Federal de Competencia Económica para la determinación de la caucción para el levantamiento de las medidas cautelares ordenadas serán los siguientes:

- a) El incremento de las ganancias del agente económico desde el momento en que se comenzó con la práctica investigada.
- b) El decremento en las ganancias de los competidores desde el momento en que el agente económico comenzó con la práctica investigada.
- c) La pérdida de bienestar del consumidor desde el momento en que el agente económico comenzó con la práctica investigada.
- d) Las barreras de entrada al mercado relevante que pudieron haber surgido desde el momento en que el agente económico comenzó con la práctica investigada.
- e) La gravedad de la infracción y la forma en que esta puede llegar a afectar el proceso de libre competencia y la libre concurrencia.

El ultimo inciso en el sentido de que aún cuando el agente económico contra el cual se han adoptado las medidas cautelares esté en posibilidad de cubrir la caucción que se le haya establecido para la suspensión de las medidas

cautelares, no significa que esta se le otorgue, antes de que el Pleno tome una determinación debe de tomar en consideración ese aspecto.

En resumen para la correcta aplicación de una figura jurídica no es suficiente que se respétenlos principios que la doctrina marca, ya que sin la forma en que estos son aplicados violentan los mismos principios la figura terminará en desuso y como resultado de esto en letra muerta. No podemos pretender defender la libre concurrencia haciendo más difícil el trámite para los que buscan la protección de esta garantía constitucional, porque como resultado será vulnerada esta garantía aún más que si no se pretendiera defender.

Conclusiones

- 1) Las prácticas monopólicas relativas representan una amenaza grave al proceso de competencia y libre concurrencia en nuestro país, por lo cual resulta de gran importancia para el Estado mexicano prevenir, vigilar y sancionar a los agentes económicos que llevan a cabo tales prácticas, así como la creación de un órgano especializado que se encargue de esta tarea.
- 2) El prevenir, vigilar y sancionar son actividades esenciales, para la defensa del proceso de competencia y libre concurrencia. Sin embargo cuando existen procedimientos muy extensos, en donde el bien jurídicamente protegido termina siendo afectado por el tiempo que duran los plazos, es necesaria la facultad de ordenar medidas cautelares que garanticen la protección del bien jurídicamente protegido durante el procedimiento.
- 3) La capacidad de multa de la Comisión Federal de Competencia Económica, no representa una medida que prevenga la existencia de futuras prácticas monopólicas relativas. Como resultado de esto la capacidad de multa no resulta ser una excusa para negar la posibilidad de que la Comisión Federal de Competencia Económica pueda ordenar medidas cautelares tal como lo argumentó el Poder Judicial.

- 4) Debido al principio de *Inaudita altera parte* en el Derecho Mexicano no existe una previa audiencia para determinar las características que deberán contener las medidas cautelares, lo cual no representa una violación de la garantía de audiencia, tal como ya se estableció en una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- 5) En las legislaciones extranjeras de competencia que se estudiaron (Argentina, España, Francia e Italia) se han adoptado las medidas cautelares en los procedimientos de investigación de prácticas monopólicas relativas, sin embargo han sido aplicadas en sus principios dependiendo el modelo económico-jurídico de cada país, lo cual representará un reto para México el adaptar la doctrina referente a medidas cautelares con la aplicación de estas en materia de competencia económica.

- 6) La simple incorporación de las medidas cautelares a la legislación de competencia económica no resulta ser el fin de este tema tan polémico y necesario, sino la correcta incorporación de las medidas cautelares que abarca el fondo y la forma será la que determine si las últimas reformas aprobadas cumplirán con el propósito de defender el proceso de competencia y libre concurrencia o simplemente cumplirán con la apariencia de que se cumple con un requisito más para mejorar la eficiencia procedimientos. Por lo tanto me es importante señalar lo que a

mi criterio el artículo 34 bis 4 necesita para evitar que llegue ser ley muerta:

- a) La correcta incorporación de los principios *Inaudita altera parte*, *Fumus boni iuris* y *Periculum in mora*, ya que en ocasiones son mutilados creyendo que podrían llegar a violentar las garantías de la parte a la que se le ordenarán dichas medidas cautelares, sin embargo el que uno de estos principios no sea incluido debidamente haría de las medidas cautelares un trámite más que los posibles peticionantes simplemente ignorarán. Un ejemplo de esto es que el artículo 34 bis 4 permite la solicitud de las medidas cautelares hasta que sea emitido el OPR (Trámite que puede llevar de 190 a 565 días hábiles) artículo que por su redacción quebranta el principio de buen derecho y el peligro de retraso permitiendo que los derechos del denunciante y/o afectado sean vulnerados. A lo cual propongo en la tesis la posibilidad de solicitar las medidas cautelares “después del segundo periodo de investigación, y antes de iniciar con el tercero o después del Oficio de Probable Responsabilidad”.
- b) Permitir una mayor participación de los agentes económicos que se vean directamente afectados por las prácticas denunciadas y/o investigadas, ya que en la reforma el artículo 34 bis 4 solamente contempla que las medidas cautelares sean propuestas por el

secretario ejecutivo de COFECO. Tal situación excluye al denunciante y/o afectado de la práctica el cual debería tener el derecho de solicitar tales medidas, no solo porque es el afectado directo de las prácticas situación por la cual tendría suficiente motivo para solicitar la medida cautelar, sino que también es coadyuvante en el procedimiento seguido frente a las Prácticas monopólicas relativas.

- c) Hacer más amplia la duración de las medidas cautelares, considerando que los casos en el área de competencia económica duran años en ser resueltos. Si se toma en cuenta el periodo máximo que es de 4 meses prorrogables hasta por otros dos periodos más que contempla la ley, la medida cautelar ordenada terminará siendo simplemente un alto momentáneo a la práctica denunciada durante un procedimiento que durará años.
- d) Facilitar la posibilidad de que el Pleno pueda acceder a una prorroga de las medidas cautelares ordenadas, ya que si se sigue el criterio de la mayoría calificada encontrado en la ley las prorrogas resultarían en un trámite casi imposible.
- e) Que la caución que pueda solicitar al pleno el agente a quien se le ha dictado la medida cautelar, no sea solamente para cubrir los daños a la competencia y libre concurrencia, sino también a los afectados de la

práctica investigada. Así como responsabilizar al peticionante de las medidas cautelares de los daños y perjuicios resultados de la aplicación de medidas cautelares y así fomentar su buen uso.

Bibliografía

ARAZI, Roland, et al, *Medidas Cautelares*, Editorial Astrea, Argentina, 1997.

BARBERIA María Emma, *Diccionario de Latín Jurídico*, Valletta Ediciones, primera Edición, Argentina, 2006.

CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Editorial el Foro, Buenos Aires, Argentina, 1996. Citado por GINEBRA SERRABOU, Xavier, *Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo*. Comentarios, Editorial Themis, segunda Edición, México, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho procesal civil*, Edigrafía S.A. de C.V., México, 2004.

COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Editorial D de f, Argentina, 2002.

ESCUADERO Alberto, et al., *Apuntes de Derecho de la Competencia Comunitario y Español*, Editorial DYKINSON, España, 2002.

FACULTAD DE DRECHO DE LA UNAM, voz “Medidas Cautelares” Colegio de profesores de Derecho Procesal, *Diccionarios Jurídicos Temáticos, Derecho Procesal*, Oxford University Press, Segunda edición, México, 2001.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, OVALLE FAVELA, José, Voz “Medidas cautelares”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo V, Editorial Porrúa, UNAM, p. 51

GARCIA CASTILLO, Tonatiuh, *Ley Federal de Competencia Económica. Comentarios, Concordancias y Jurisprudencias*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, México, 2003.

GARCIA RODRIGUEZ, Sergio, “Reflexiones comparativas de la Ley Federal de Competencia Económica. La regla per se y la regla de la razón”, en *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, México, 1994.

GELLHORN Ernest, KOVACIC William E., CALKINS Stephen, *Derecho y Economía de la Competencia*, Casals & Associates, Inc., México, 2004.

GINEBRA SERRABOU, Xavier, *El Derecho de la Competencia en Tiempos de Crisis*, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2011.

GINEBRA SERRABOU, Xavier, *Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo*. Comentarios, Editorial Themis, segunda Edición, México, 2010.

GOMEZ LARA, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, Oxford University Press, Séptima edición, México, 2005.

GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, *Competencia Económica Aspectos Jurídicos y Económicos*, Editorial Porrúa, México, 2005.

Grupo Editorial El Derecho y Quantor, S.L., *Diccionario Jurídico El Derecho*, Grupo Editorial El Derecho y Quantor, S.L., España, 2009.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo III, Editorial Porrúa SA. De CV., México, 2004.

KIELMANOVICH, Jorge L., *Medidas Cautelares*, Rubinzal – Culzoni Editoriales, Argentina. 2000.

LEGIS EDITORES, “Publicaciones Electrónicas, Ley Federal de Competencia Económica, Comentarios y Jurisprudencias” México, 2011, <http://www.legis.com.mx/>

LEGIS EDITORES, “Publicaciones Electrónicas, Ley de Propiedad Industrial, Comentarios y Jurisprudencias” México, 2011, <http://www.legis.com.mx>

LEGIS EDITORES, “Publicaciones Electrónicas, Ley Federal de Protección al Consumidor, Comentarios y Jurisprudencias” México, 2011, <http://www.legis.com.mx/>

MOTTA, Massimo, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, United States of America, 2004.

NICOLIELLO Nelson, *Diccionario del Latín Jurídico*, Editorial B. de F. Ltda., España, 1999.

NOVELLINO, Norberto J., *Embargo y Desembargo y Demás Medidas Cautelares*, Fondo editorial de derecho y economía, Quinta Edición, Argentina, 2005.

OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Harla, México 1980.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para Juristas*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México, 2004.

PACE, Lorenzo Federico, *Derecho Europeo de la Competencia*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Primera Edición, España, 2007.

PATIÑO MANFER, Ruperto, “Breves comentarios acerca de la Ley Federal de Competencia Económica” en *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, México, 1994.

PEREDO RIVERA, Amilcar, *Competencia Económica: Teoría y Práctica*, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 2004.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Editorial Espasa, Vigésima segunda Edición, España, 2001.

SILVA JUAREZ, Ernesto, *El Procedimiento Contencioso Administrativo Federal*, Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas S.A. de C.V., México, 2006.

SIRVENT GUTIRREZ, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Editorial Porrúa, Octava edición, México 2006.

VELASCO SAN PERDO, Luis Antonio, voz “Acuerdos Verticales” *Diccionario de Derecho de la Competencia*, Editorial Iustel, Primera edición, España, 2006.

WITKET, Jorge, VALERA, Angélica, *Derecho de la Competencia Económica en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003

Casos:

French Competition Council, KalibraXE vs. EDF, Decision n° 07-MC-01, (2007)

Tribunal de Defensa de la Competencia de España, SERVICOM. v. TELEFONICA, MC 18/96, (1997)

THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Distribution system of Ford Werke, OJ 1982, L 256, p. 20, (1982)

U.S. Supreme Court, CONTINENTAL T. V., INC. v. GTE SYLVANIA INC., 433 U.S. 36 (1977)

Jurisprudencias:

Tesis: P. CXIII/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XII, Agosto de 2000, p. 107.

Tesis: I.4o.A. J/75, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXVIII, Octubre de 2008, p. 2225.

Tesis: I.7o.A.285 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, Abril de 2004, p. 1402.

Tesis: I.4o.A. J/50, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, Mayo de 2007, p. 1690.

Tesis: I.17o.A.10 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, Febrero de 2010, p. 2808.

Tesis: I.4o.A.583 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, Julio de 2007, p. 2464.

Tesis: I.4o.A.583 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, Julio de 2007, p. 105.

Tesis: P. CXIII/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, Agosto de 2000, Página: 104.

Tesis: I.4o.A. J/51, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, Mayo de 2007, p. 1722.

Tesis: I.4o.A.344 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, Abril de 2002, p. 1363.

Tesis: I.17o.A.12 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, Marzo de 2010, p. 2922.

Tesis: I.3o.C.838 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, Septiembre de 2010, p. 1343.

Tesis: I.3o.C.837 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, Septiembre de 2010, p. 1344.

Tesis: I.3o.C.630 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, Agosto de 2007, p. 1722.

Tesis: I.3o.C.632 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, Agosto de 2007, p. 1724.

Tesis: I.8o.A.44 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, Julio de 2005, p. 1395.

Tesis: P./J. 21/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, Marzo de 1998, p. 18.

Leyes

Code de Commerce, Journal Officiel Republique Francaise, Francia, 2006.

“Código Federal de Procedimientos Civiles”, Diario Oficial de la Federación, México, 1943.

“Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Diario Oficial de la Federación, México, 1917.

“Decreto-Legge 223/2006”, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Italia, 2006.

“Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia”, Boletín Oficial del Estado, España, 2007.

“Ley 25156/1999 de Defensa de la Competencia”, Boletín Oficial de la República de Argentina, Argentina, 1999.

“Ley Federal de Competencia Económica”, Diario Oficial de la Federación, México, 1992.

“Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo”, Diario Oficial de la Federación, México, 2005.

“Ley de Propiedad Industrial”, Diario Oficial de la Federación, México, 1991.

“Ley Federal de Protección al Consumidor”, Diario Oficial de la Federación, México, 1992.

“Reglamento n° 1/2003”, Diario Oficial de la Comunidades Europeas, 2003

“Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica”, Diario Oficial de la Federación, México, 2007.

“Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial”, Diario Oficial de la Federación, México, 1994

“Reglamento de la Ley Federal de Protección al Consumidor”, Diario Oficial de la Federación, México, 2006.

Revistas:

GINEBRA SERRABOU, Xavier, “Las medidas precautorias en el derecho mexicano de la competencia”. Boletín latinoamericano de competencia, México. 2009.

BARBIER DE LA SERRE, Eric, LAVEDAN, Marguerite, “Interim measures adopted by competition authorities: A review of EU and national trends”, e-Competitions National Competition Laws Bulletin, Francia, 2011.

OCHA URIOSTE, Mauricio, “Análisis del Derecho de la Competencia en Argentina”, Boletín latinoamericano de competencia, México. 2008.

Recursos Electrónicos:

Boletín de novedades de Marval, O'Farrell & Mairal, Medidas preventivas en el derecho de defensa de la competencia, <http://www.marval.com.ar>, Argentina, 2011

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONOMICA, “Exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica”, México, 2011, www.cfc.gob.mx.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONOMICA, “Infracciones a la Ley Federal de Competencia Económica y Procedimiento Administrativo Sancionador”, México, 2011, www.cfc.gob.mx.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONOMICA, “*Prácticas Monopólicas Relativas*”, México, 2011, www.cfc.gob.mx

Comisión Nacional de la Competencia, ALONSO, Soto Ricardo, “*Observaciones al “Libro Blanco para la reforma del sistema español de Defensa de la Competencia”*”, España, 2011, <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx>.

COMUNICAZIONE RELATIVA ALL'APPLICAZIONE DELL'ART. 14 BIS DELLA LEGGE 10 OTTOBRE 1990, N. 287. <http://www.agcm.it/en/comp.html>

CONCURRENCES, Antitrust Encyclopedia, <http://www.concurrences.com>, Francia, 2011.

FLORES BERNES, Miguel, “Ley Federal de Competencia Económica Comentada”, <http://www.competenciaeconomica.com.mx>, México, 2010.

Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, <http://gaceta.diputados.gob.mx/>, México, 2011