



Centro de Estudios Espinosa Yglesias

Proyecto Evalúa y Decide

**Evaluación de la Iniciativa de Reforma
a la Ley Federal de Competencia Económica**

Panel de evaluadores

Lic. Carlos Arce Macías

Dr. Pablo de Larrañaga Monjaraz

Dr. Adalberto García Rocha

Mtro. Jonathan Heath

Dr. Sergio López Ayllón

Dr. Roberto Newell García

Lic. Lucía Ojeda Cárdenas

Dr. Víctor Pavón Villamayor

Lic. Ricardo Salgado

Magistrado Jean Claude Tron Petit

Dr. Carlos Urzúa Macías

Lic. Rafael Valdés Abascal

Moderador

Dr. Enrique Cárdenas Sánchez

México D.F., 22 de abril de 2010

Índice

I. Introducción.....	2
II. Objetivo.....	8
III. Procedimiento de evaluación.....	9
IV. Criterios de integración del grupo de evaluadores.....	16
V. Discusión general sobre la iniciativa de reforma a la Ley Federal de Competencia. Sobre el modelo de nacional de competitividad.....	18
VI. Discusión particular.....	27

I. Introducción

El Proyecto Evalúa y Decide se inserta en la misión del Centro de Estudios Espinosa Yglesias (CEEY) que busca fomentar una discusión seria de los temas públicos y promover políticas más sólidas y más eficaces. El Centro selecciona reformas o nuevas leyes de trascendencia nacional para exponerlas al escrutinio de expertos (académicos, consultores y miembros de organizaciones civiles) que en mesas de análisis las discuten y evalúan con la perspectiva del ciudadano y del interés público. El propósito de estos ejercicios es influir en los tomadores de decisión para que las observaciones de los paneles sean recogidas en la legislación final.

En esta ocasión, el CEEY propuso a un grupo de expertos reconocidos la revisión metódica de la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica, presentada por el Presidente Felipe Calderón Hinojosa el pasado 5 de abril de 2010.

Los trabajos de este panel de expertos estuvieron encaminados a producir un reporte con tres elementos básicos: una calificación numérica que refleje la pertinencia general de la iniciativa, un recuento de los principales aciertos y deficiencias y, finalmente y más trascendente, recomendaciones puntuales del cómo subsanar tales imperfecciones y mejorar la propuesta de reforma.

Para lo anterior, la primera tarea del panel de evaluación fue formular una serie de consideraciones que se adecuaran a los criterios generales de evaluación de leyes que maneja el CEEY en sus evaluaciones legislativas a las trece temáticas generales que abarca esta Iniciativa de Proyecto de Decreto:

1. Terminación anticipada de procedimientos
2. Audiencias orales.
3. Simplificación de los procedimientos de notificación de concentraciones.
4. Estructura de la CFC.
5. Facultades de la CFC para sancionar el ejercicio de prácticas monopólicas en actividades reservadas.
6. Facultades de la CFC para requerir información a los particulares para realizar investigaciones.
7. Sanciones económicas.
8. Determinación de poder sustancial conjunto.
9. Facultad de la CFC para ordenar la práctica y ejecución de medidas cautelares.
10. Mecanismos para que la CFC pueda realizar visitas de verificación de manera más expedita, más eficiente y también más equitativa.
11. Transparencia y rendición de cuentas.
12. Sanciones penales.
13. Mecanismos de impugnación.

Las propuestas presentadas dentro de estas 13 temáticas fueron evaluadas cualitativamente y cuantitativamente teniendo como elemento de referencia ciertos criterios generales de evaluación legislativa que maneja el CEEY en este tipo de evaluaciones. Cabe señalar que los criterios de evaluación considerados en todo momento durante la discusión son los siguientes:

A. Definición del problema

¿Se describe adecuadamente la naturaleza y la magnitud de los problemas? ¿Se identifican las causas principales?

¿Se determina la relación metas-medios?

¿Se definen los grupos a los que afectará la norma y lo básico de su dinámica social?

¿Se llevó a cabo una consulta con las principales partes interesadas (grupos ciudadanos, áreas administrativas, especialistas, etc.) y se permitió una influencia real de los consultados?

B. Alternativas y soluciones propuestas

¿Se incluye una justificación de la acción gubernamental? ¿Se explicitan las consecuencias en caso de que no intervenga el Estado?

¿Los objetivos y efectos esperados están bien definidos?

¿Es la mejor respuesta disponible? ¿Se podría enfrentar el problema con otros instrumentos (no hacer nada, mejor aplicación de la ley vigente, proveer información, auto regulación, incentivos, etc.)?

De entre las alternativas jurídicas, ¿ésta es la mejor?

De entre las alternativas técnicas, ¿las acciones específicas propuestas parecen las más pertinentes?

¿La regulación retoma enfoques o políticas aplicados exitosamente en circunstancias análogas (tanto en nuestro país como en el extranjero)?

¿Es adecuada la amplitud de la ley?

C. Aspectos legales

¿La legislación es compatible con los principios generales del Derecho, el resto de la Constitución y los tratados internacionales suscritos por México?

¿La exposición de motivos es adecuada (incluye motivación, fundamentación e impacto normativo)?

¿Se establecen procedimientos legales justos (justicia procedimental), que garanticen los aspectos fundamentales del debido proceso, den voz a los interesados y, de ser necesarios, creen espacios claros de mediación o negociación? ¿Se especifican los ordenamientos jurídicos que están relacionados con la propuesta?

¿Se establecen criterios de interpretación que deben guiar a la autoridad al aplicar la regulación?

¿La nueva ley recoge armónicamente criterios ya expresados por los tribunales federales (la Corte en especial)?

¿Se consideran reglas de transición apropiadas?

D. Simplicidad, claridad, accesibilidad

¿El texto es claro y explicita las disposiciones?

¿Se especifican con claridad las reglas principales y las excepciones?

Lenguaje:

¿Existen contradicciones entre las definiciones de cada categoría?

De ser el caso, ¿la ley modificante utiliza los mismos términos que la ley modificada?

¿El estilo es unívoco, breve y simple?

¿Resultan claramente identificados los destinatarios de la norma?

E. Factibilidad, instrumentación y aplicación

Factibilidad:

¿Se determina cuáles serán y qué facultades tendrán los órganos ejecutivos involucrados (de ser el caso, se justifica apropiadamente su creación)?

¿Se precisa su relación con otros órganos?

¿Se incluyen claramente disposiciones de control?

Instrumentación y aplicación:

¿Identificación expresa, en caso de ser necesario, de los requisitos y documentos requeridos que se crean, modifican, eliminan o mantienen?

¿Se fijan los tiempos de implementación?

En general, ¿es correcta la apreciación de requerimientos como recursos presupuestales, infraestructura física y humana, y esquemas administrativos mínimos?

Las autoridades responsables de formular la regulación y de aplicarla, ¿deben justificar sus decisiones y rendir cuentas a la ciudadanía?

Cabe señalar que los criterios generales de evaluación de leyes fueron organizados por el CEEY —hace ya algunos años— con la colaboración de especialistas, a partir de un examen cuidadoso de la literatura en la materia.

La iniciativa recibió una nota para cada tema, situada entre 0 (pésimo) y 10 (excelente). La nota contempla el uso de un punto decimal, donde cualquier calificación menor e igual a 5.9 es reprobatoria. Se provee así un rango amplio de calificación, pero debe recordarse que se trata de una valoración cualitativa. Una nota entre 0 y 3 indicará que la iniciativa es mala en determinado aspecto; entre 3 y 6 indicará que regular; entre 6 y 8 que es buena, y más de 8 que es muy buena.

Con el fin de promover el libre intercambio de ideas, el CEEY observa una variante de la llamada “Regla de *Chatham House*” en la reunión de evaluación. Según este criterio, los participantes pueden usar la información que reciben pero se comprometen a no divulgar ni la identidad ni la afiliación de quienes tomen la palabra. Se llevó un registro grabado y estenográfico de los argumentos y comentarios, mismo que fue destruido posteriormente, toda vez que se utilizó exclusivamente para auxiliar en la redacción de este reporte de evaluación.

Al abrirse la discusión de los distintos temas que abarca la iniciativa, los evaluadores que lo desearon comentaron los distintos aspectos de cada criterio de evaluación y explicaron el sentido de su evaluación. Cuando se consideró suficientemente discutido el tema, los evaluadores buscaron asignar una calificación por consenso. El propósito de la deliberación conjunta es complementar las opiniones individuales y llegar a una apreciación que refleje el sentir del grupo. En caso de presentarse diferencias serias y de que la mayoría lo

prefiera, se consideró al promedio de las calificaciones personales como la evaluación del panel de expertos.

II. Objetivo

En el año 2006, el CEEY inició el Proyecto Evalúa y Decide con la evaluación de las propuestas de los candidatos a la Presidencia, y ha continuado de manera permanente con la evaluación de iniciativas de reformas legislativas, a través de la convocatoria a paneles de expertos en los que se basan las evaluaciones. Asimismo, en este marco, inició en el año 2009 un nuevo proyecto que tiene como propósito evaluar el desempeño de los Poderes Federales, de órganos reguladores y otras instituciones del Estado.

El CEEY asume como uno de sus objetivos centrales el coordinar las evaluaciones del desempeño y de la puesta en marcha de diversas acciones por parte de los distintos Poderes Federales y dependencias del Estado mexicano, así como de iniciativas de reformas legislativas, a través de la convocatoria a paneles de expertos. Lo anterior desde una perspectiva ciudadana, esto es, ofreciendo a la población mexicana información que sustente su potencial comunicación con los diseñadores institucionales y ejecutores de las políticas públicas, para lograr que el diseño, operación y resultados de éstas sean más sólidos y efectivos.

La intención de estos ejercicios es presentar a la sociedad, y a las propias autoridades, una evaluación objetiva que les permita tomar decisiones tanto de corte electoral, como de rediseño y orientación de la legislación, instituciones y de las políticas mismas.

En este marco, el Centro lleva a cabo sus diversas evaluaciones poniendo al escrutinio de paneles amplios, plurales e incluyentes —conformados por expertos (académicos, consultores, funcionarios y miembros de organizaciones civiles) reconocidos en su medio—, las distintas iniciativas, propuestas, reformas, programas y acciones emprendidas que, en mesas de análisis, se discuten y evalúan.

III. Procedimiento de evaluación

El Centro ha desarrollado una técnica que permite ocuparse del análisis y valoración cualitativa de un problema complejo, a través de un debate que busque consensos robustos o la definición precisa de los disensos en lo que corresponde a una valoración de la ejecución de políticas públicas, así como del contenido y aplicabilidad de las iniciativas de ley. Este proceso contiene dos partes: una cualitativa y una cuantitativa. La primera es expresada en los argumentos de los evaluadores que se registran, cuando hay consenso, éste ocurre gracias a la convergencia del panel colegiado. Cuando hay diferencias en el texto del reporte se registran las posiciones. La parte cuantitativa se expresa en una calificación numérica en la primera parte.

Este método tiene similitud con algunos elementos del DELPHI de investigación cualitativa, no obstante el método desarrollado y aplicado por el CEEY es diferente y se compone de las siguientes partes:

El referente o planeamiento de evaluación.

El referente es el compromiso ante los ciudadanos, así como los resultados e impacto (existentes o predecibles) de las políticas públicas y de las iniciativas de ley. Asimismo, se tiene como referente de la evaluación del desempeño la retórica, objetivos y metas propuestas.

Así, para efectos de la valoración, se parte siempre de referentes establecidos por la definición de los compromisos políticos adoptados ante los ciudadanos por los responsables de la ejecución de un programa de gobierno o bien por aquéllos planteados en el diseño de las iniciativas, instituciones y reformas de ley. En su caso, también se incluyen en esos referentes los datos estadísticos disponibles públicamente (incluyendo aquéllos publicados por el

propio Gobierno Federal, agencias, institutos académicos, y organismos internacionales, entre otros muchos otros).

Estos materiales se organizan temáticamente y se integra la carpeta básica de la evaluación (planteamiento y referente de la evaluación). Con respecto a áreas, temas, subtemas, objetivos, metas y criterios se define un guión de trabajo que marcará las pautas de discusión para el planteamiento de los argumentos de los expertos para la construcción del análisis o evaluación cualitativa.

El análisis o evaluación cualitativa.

Con base en la información presentada en la integración de las carpetas por área, ámbito o tema de evaluación, que representan en su conjunto el planteamiento del ejercicio, los expertos integrados en paneles de discusión proceden a preparar los argumentos de la evaluación. Para formarse un criterio al emitir su calificación, los evaluadores consultan la carpeta de evaluación que se les envió con la debida antelación. También juega un papel relevante en la discusión su experiencia académica y profesional. El porcentaje de la calificación que corresponde a cada criterio, subtema o función podrá ser ponderado de acuerdo a la decisión de los evaluadores durante la sesión. Justo porque la evaluación tiene como fundamento la reunión de un panel de expertos, las ponderaciones se otorgan de acuerdo al propio criterio de los evaluadores.

El proceso de análisis o argumentación de la evaluación se construye en varias etapas:

Primera, la aceptación de la información por cada uno de los expertos. En caso de que alguno de ellos aporte mayores elementos, textos, evidencias o información estadística, éstas se agregan a las carpetas de todos los panelistas. La carpeta es el fundamento del planteamiento o referente, a partir de la cual se

lleva a cabo la reunión con los expertos organizados en paneles por área, tema o asunto legislativo o de política pública.

Segunda, se realiza una reunión de discusión con la participación de todos los expertos. Con base en el guión que resultó de la organización de la información resultante del análisis del contenido de los documentos del referente. Se integra e identifican los diferentes subtemas y rubros que representan el nivel más específico de descripción de las diversas instituciones, políticas o iniciativas de ley. El conjunto de rubros integran las acciones de cada una de las políticas o legislaciones bajo estudio y se definen por los criterios, metas y objetivos específicos de cada subtema, el conjunto de ellos integra cada uno de los temas del área o legislación correspondiente.

En esta reunión se identifican los argumentos para valorar el referente, se debaten las diferentes posiciones y se busca llegar a un consenso prácticamente inequívoco en el razonamiento de cada uno de los elementos del guión. Los consensos que se obtienen de la discusión y análisis no son casuales, por el contrario, son muy robustos y concluyentes, justamente en razón de la convergencia que se da en el ámbito del panel colegiado.

La idea es que la minuta o primera versión del reporte de análisis exprese la pluralidad y diversidad de argumentos, por lo que la aprobación del texto final no implica que se aprueben las ideas con las que no se concuerda, sino que se pretende que el texto exprese todos los puntos de vista. Por tanto la aprobación significa el reconocimiento de que los argumentos que cada uno de los evaluadores quedó registrado, así como el énfasis que dentro del panel tuvo cada argumento.

Calificación cuantitativa.

Con el fin de concretar la evaluación cuantitativa del panel se tiene el propósito de emitir una calificación numérica de la evaluación del referente en su conjunto, pero también de cada tema y subtema, todas ellas siempre consistentes con el resultado de la evaluación cualitativa. La calificación se construye teniendo como unidad de medida los criterios y la ponderación condensada por los evaluadores.

Sobre cada criterio cada panelista emitirá un voto. Cabe destacar que a cada uno de los trece temas que componen la iniciativa se les aplicarán los nueve criterios de evaluación legislativa con los que trabaja el CEEY.

Los panelistas emiten un voto para cada criterio en cada rubro en una boleta de evaluación. El promedio de los votos dará una calificación del rubro. A su vez el promedio de los rubros dará automáticamente el promedio del voto en el subtema. Éstos podrán tener una ponderación para la calificación del tema, cuando se considere que alguno de ellos debe tener mayor peso en el total por ser más importante que otros. Por tanto podrán ponderarse para lograr la calificación final o bien tomarse con el mismo peso en la evaluación del tema.

Una vez ubicados los consensos o las diferencias de opinión acordados por el panel, los argumentos son registrados en la minuta inicial de la discusión. Posteriormente se emite de inmediato una calificación en cada rubro.

Una vez procesado el resultado, éste se dará a conocer y el panel decidirá si existe o no consistencia de su calificación numérica con su evaluación cualitativa. Si existe consistencia entonces el resultado cuantitativo quedará conforme al método de evaluación. En caso de que el panel decida que no existe tal consistencia, entonces procederá a ajustar la calificación cuantitativa global por tema o aspecto, señalando en qué criterio debe haber el mayor ajuste. El CEEY

entonces ajustará los resultados a esta decisión para asegurar la consistencia entre el resultado cuantitativo y cualitativo del panel, privilegiando los argumentos dados en la discusión cualitativa.

La calificación en cada criterio de evaluación, es aplicada por cada panelista en una escala de 0 a 5, donde cualquier calificación menor a 3 es reprobatoria. Una nota entre 2 y 3 indicará que la iniciativa es regular en determinado aspecto; entre 3 y 4 que es buena, y más de 4 que es muy buena. Siempre habrá un margen, un más o menos: si el evaluador piensa asignar una muy mala calificación, tendrá que decidir entre 1 y 0; si es sólo mala, entre 1 y 2. La calificación global será producto de los rubros particulares ponderados según acuerden los evaluadores, y se presentará con un punto decimal. El segundo punto decimal se redondea hacia arriba a partir del punto cinco. Una vez obtenida la calificación el panel aprueba el resultado numérico que no se cambia después.

En síntesis, durante la sesión se sigue la regla del panel de evaluación del CEEY, que es una variante de la “Regla de *Chatham House*”, esto es, se acuerda guardar reserva sobre la identidad y filiación institucional de quien emite una opinión, pero sí se conoce la identidad de quien forma parte del panel. Los evaluadores determinan una calificación para cada criterio de calificación en los rubros de cada subtema, al promediarlos con a ponderación que acuerdan los panelistas se obtiene la calificación del correspondiente subtema y de cada tema, con lo cual se determina la calificación final en forma cuantitativa.

La evaluación de cada criterio también se realiza en forma cualitativa con el registro en el texto de los argumentos del consenso o del disenso, éstos son grabados y retomados por dos redactores de la minuta de la discusión en cada

panel. El argumento escrito es lo más relevante pues en él están las justificaciones, los fundamentos y las razones de acuerdo y de diferendo.

La síntesis, integración del reporte.

Una vez concluida la reunión del panel, después de varias rondas de intervención por cada tema, ámbito o subtema, según lo definen los participantes, el CEEY redacta el primer borrador del reporte para la aprobación de cada uno de los panelistas. Después de una primera ronda de correcciones, adiciones o precisiones por parte de los panelistas, se hace una segunda redacción que se distribuye nuevamente entre los participantes. Se terminan las rondas una vez que los expertos aprueban el texto final.

Generalmente en la tercera versión los panelistas agregan las últimas correcciones y emiten su voto aprobatorio del reporte de la evaluación. El intercambio de ideas en la primera reunión puede ser insuficiente, se complementa en las observaciones y agregados de ideas por escrito que se suman en las rondas de redacción del reporte final, siempre sobre la base de la discusión y acuerdos de la reunión inicial. Es posible sugerir una segunda reunión si las aportaciones son diferentes a las presentadas en la primera.

La redacción de los reportes está a cargo del equipo del CEEY. Se buscan las razones de las diferencias por lo que es preciso investigar suficientemente los desacuerdos, sus bases y principios, si hay contradicción de paradigma se registra un disenso. Se busca ser riguroso con el registro de posiciones para en su caso, proponer los posibles encuentros. Si los hay, se debe presentar la pluralidad en sus planteamientos. Esta pluralidad debe evitar la aparición de sesgos en la información disponible en el panel. Dada la pluralidad en la conformación de los paneles, los consensos obtenidos resultan muy sólidos y ampliamente

significativos. Aunque es preciso prever los desacuerdos que a veces son difíciles, incómodos y políticamente infranqueables.

IV. Criterios de integración del grupo de evaluadores

Un aspecto relevante es la selección del panel de expertos. Con ellos se debe conseguir su compromiso de colaboración, motivar su interés y dedicación de tiempo al proyecto. Las personas que son invitadas no sólo deben ser expertas en los temas del área, ámbito o legislación en la que deberá participar, sino que deben integrarse con base en la pluralidad en sus planteamientos.

Esta pluralidad debe evitar la aparición de sesgos en la información disponible en cada uno de los paneles. Para cada iniciativa, proyecto o motivo de evaluación se seleccionan en promedio entre ocho y catorce panelistas. Todos ellos cumplen con los siguientes requisitos:

1. Se les considera expertos y bien informados en el área, aunque con posiciones diferentes por el enfoque de las ideas, de su formación, y de su especialidad
2. El grupo debe ser diverso respecto al origen de formación académica de las principales universidades, respecto a su área de desempeño profesional, pueden ser académicos, empresarios, consultores, personas en retiro, periodistas o funcionarios. No necesariamente se tienen que conocer entre sí.
3. Estar actualizado en conocimiento del área o tema, demostrado por su actividad o publicaciones.
4. Estar dispuestos a dedicar varias horas de su tiempo para dar atención al proceso.
5. Aceptar ser parte del grupo diverso, con disposición a respetar y tolerar las posiciones de los otros participantes, así como tratar de construir con ideas racionales y objetivas los argumentos cualitativos de la evaluación.

Una vez integrado cada uno de los grupos se debe explicar a los expertos en qué consiste el método. Con esto se pretende conseguir la obtención de

previsiones fiables, pues los expertos van a conocer en todo momento cuál es el objetivo de cada una de los procesos que requiere la metodología.

V. Discusión general sobre la iniciativa de reforma a la Ley Federal de Competencia Económica. El entorno nacional de competencia económica.

A manera de introducción, el panel de evaluación coincidió en señalar que la iniciativa del Ejecutivo Federal, perfeccionada en áreas claves de su contenido, es un paso en la dirección correcta en el ámbito del fortalecimiento del marco de competencia económica que prevalece en México. Lo anterior en razón de que, a pesar de no establecer una política de Estado en materia de competencia y, por tanto, constituir una iniciativa de ley de alcance parcial, otorga mejores instrumentos para fortalecer la efectividad de la CFC. De esta forma, si bien se reconocen algunos de los méritos de la iniciativa de reforma, la ausencia de una propuesta más integral —la llamada política de Estado, que abarque las funciones y las atribuciones de todas las instituciones públicas que inciden sobre el estado de la competencia— reduce el alcance de la presente iniciativa.

En efecto, en opinión de los expertos, los importantes temas relativos al diseño institucional “integral” de la política de competencia que se requiere para México, así como el de la relación orgánica que debe de existir entre la CFC y otros órganos e instituciones públicas, están ausentes en la propuesta. En otras palabras, el panel cuestionó que no se atienda ni se discuta de forma integral cuál debe ser la política de Estado en materia de competencia, así como el hecho de que la iniciativa no legisle en materia de coordinación entre la CFC y otras instituciones y órganos que tienen incidencia sobre la evolución de la competencia económica en México (incluidos el IMPI, la COFETEL y la COFEPRIS, entre muchos otros)¹. Sobre este mismo tema, el panel coincidió en que los principios de competencia económica no son siempre parte del actuar de las

¹ Cabe señalar, no obstante, que en la iniciativa de LFCE dictaminada por la Cámara de Diputados y turnada al Senado para su discusión y dictaminación se agregó el inciso 7 del artículo 28 relativo a que el presidente de la Comisión y los titulares de los organismos reguladores sectoriales deberán reunirse cuando menos una vez al año para definir criterios y lineamientos en materia de competencia económica, prácticas anticompetitivas, concentraciones, etc.

dependencias y entidades de la administración pública y la coordinación entre éstas es típicamente deficiente.²

Por otra parte, los evaluadores coincidieron en que no hay concordancia entre el contenido de la reforma propuesta y su diagnóstico. En otras palabras, existe incongruencia entre la exposición de motivos y las propuestas planteadas. Más aún, la propuesta no explica cómo cada una de las reformas propuestas atiende a las principales motivaciones o hasta qué grado las atiende.

En general los panelistas mostraron su inquietud respecto a que algunas propuestas recogidas por la iniciativa responden a situaciones específicas o coyunturales, y no atienden aspectos estructurales del régimen de competencia en el país. Ejemplo de lo anterior es el tema de la competencia desleal. En este contexto, se mencionó que México no cuenta con un órgano específico encargado de analizar esta temática, particularmente en temas nodales como el de la propiedad intelectual. Al respecto, los panelistas mencionaron que sería deseable observar una mayor coordinación entre instituciones y órganos encargados de este tema por razones de eficiencia y efectividad.

No obstante lo anterior, un evaluador se preguntó si la propuesta de ley es, en conjunto, mejor a la legislación vigente. Ante ello, la mayoría del panel coincidió en señalar que, en general, es una propuesta que efectivamente representa avances. Sin embargo, los panelistas insistieron en señalar que se requieren modificaciones claves a elementos de la iniciativa que tienden a debilitar la efectividad de la Comisión y que vulneran la certidumbre jurídica de los agentes económicos. Una parte importante de la discusión del panel se concentró en analizar los aspectos particulares de la iniciativa que requieren ser

² Al respecto, un evaluador señaló que la coordinación interna entre CFC, COFEMER y PROFECO ocurre mediante un convenio que tiene alcances limitados.

mejorados, mismos que se detallan en los apartados subsecuentes de este documento.

Finalmente, se trató de manera general el asunto relativo al tiempo que llevará estabilizar jurídicamente la reforma, ante el embate de los abogados, sobre los artículos que se modifiquen. Se consideró que se requerirán por lo menos entre cinco y siete años para lograr la total operatividad de la actual reforma, considerando que el Poder Judicial no considere anticonstitucional algún punto del proyecto. Se mencionó también que, para ser operativa, la reforma requiere de la emisión de nuevos reglamentos y lineamientos, que podrían incrementar los riesgos de tener una reforma plenamente operativa, ya que éstos podrían ser también motivo de impugnaciones jurídicas.

<u>Calificación global de la Iniciativa</u>			<u>5.4</u>
Temas de Evaluación	Calificación	Comentarios	Recomendaciones
1. Terminación anticipada de procedimientos	4.3	La figura es positiva pues dota a los actores de un instrumento de conciliación, al tiempo que minimiza costos para la CFC. Requiere, no obstante, de ciertas adecuaciones a la propuesta.	Adecuaciones: Posibilidad de cierre del procedimiento desde su inicio mismo, acotación de la discrecionalidad de la CFC en esa materia mediante expedición de acuerdos públicos, y dictaminación de responsabilidad o ausencia de ésta. Asimismo, que la instrumentación de este mecanismo no afecte la posibilidad de reclamar daños y perjuicios.
2. Audiencia oral	7.2	La figura podría mejorar la transparencia al interior del pleno.	Requiere una reglamentación detallada del mecanismo: procesos de audiencia y cabildeo.

<p>3. Simplificación de los procedimientos de notificación de concentraciones</p>	<p>4.9</p>	<p>La propuesta no mejora sustancialmente el proceso de notificación.</p>	<p>Se requiere incorporar el derecho de terceros afectados a pronunciarse legalmente. Es necesario establecer un mecanismo que facilite la detección y denuncia de concentraciones.</p>
<p>4. Estructura de la CFC (presidente; secretario; votación en ausencia)</p>	<p>1.0</p>	<p>La reforma iría en sentido contrario de la pretensión de fortalecer la instancia reguladora. Se requiere fortalecer las capacidades del pleno, sin debilitar la figura del presidente de la Comisión. La renovación de la presidencia cada cuatro años, como está en la propuesta, debilita al Presidente y a la propia Comisión, sin fortalecer o ampliar las capacidades del pleno.</p>	<p>Se sugiere que la CFC emita opiniones acordadas por el pleno para evitar contradicciones potenciales entre las opiniones del presidente de la CFC y las del resto de los comisionados.</p>
	<p>5.7</p>	<p>Habría que mantener el nombramiento del secretario ejecutivo tal y como está.</p>	<p>Si el objetivo es dotar a la CFC de mayor autonomía operativa, entonces el secretario ejecutivo debe ser nombrado directamente por el Ejecutivo Federal por un periodo pre-determinado. Sujetar al secretario ejecutivo a la</p>

			dictaminación del pleno. ³
	2.4	Es incongruente con el sistema de votación, ya que se requiere la presencia y participación en la discusión para poder votar con conocimiento de causa.	Emisión exclusiva de opiniones acordadas por el pleno.
5. Facultades de la CFC para sancionar el ejercicio de prácticas monopólicas en actividades reservadas	3.8	El tema es muy importante, pero la propuesta no resuelve la problemática	Modificar el artículo 4 de la LFCE para distinguir/diferenciar los permisos a los monopolios designados de una acción de abuso de poder de éstos en los mercados.
6. Facultad de la CFC para obligar a agentes económicos a proporcionar información (a dependencias y entidades públicas; a particulares y objetos regulados)	8.8	En el caso de las dependencias y autoridades regulatorias se aprueba totalmente dicha facultad.	Asimismo, se señala que el proceso de generación de opiniones por parte del pleno debe de ser abierto, público y transparente.
	2.6	En general, se rechaza la facultad de la CFC de solicitar información a los particulares que no son objeto de investigación para que la CFC emita opiniones, y sobre todo por la falta de transparencia en el manejo de dicha información.	En todo caso, se deberá determinar bajo qué circunstancias específicas esta solicitud de información puede potencialmente llevarse a cabo, ya que impone costos importantes a los particulares.

³ Al respecto, en la iniciativa de la LFCE dictaminada por la Cámara de Diputados se agregó que para la designación o remoción del secretario ejecutivo, se requerirá la aprobación de cuando menos cuatro de los comisionados el pleno. Asimismo, el secretario ejecutivo será designado por el pleno a propuesta de cualquiera de los comisionados.

7. Sanciones económicas (incrementos de multas; lineamientos y aplicación)	8	Es adecuado aumentar las sanciones a manera de restablecer su poder disuasivo.	
	1.6	El problema de la efectividad de las sanciones no depende únicamente del incremento de éstas, sino de su adecuada y expedita aplicación. Esto es, existe un conjunto de factores que inciden sobre la aplicación efectiva de sanciones y una reforma integral en esta área no puede omitirlas. Estos factores de carácter “procedimental” son claves y no parecen haberse contemplado como parte del paquete de reforma.	Deben de existir reglas claras (lineamientos) para la determinación de las sanciones: tipicidad, proporcionalidad y motivación. Aunque la propuesta prevé que se emitirán en un plazo de 6 meses, no hay consecuencias para la CFC por no emitirlos en ese tiempo. La aplicación de un sistema de multas efectivo debe supeditarse a la emisión de los referidos lineamientos.
8. Determinación de poder sustancial conjunto	3.9	La propuesta no incluye criterios unívocos para determinar la existencia de poder sustancial conjunto.	Se requiere de una definición conceptual y metodológicamente robusta del poder sustancial conjunto: distinguir efectos de la intención, ocurrencia de hechos y efectos incurridos. ⁴

⁴ En la iniciativa dictaminada por la Cámara de Diputados se puntualiza al respecto de algunos elementos a considerar para determinar poder sustancial conjunto, pero adolece de una definición conceptual condensada y universalmente aceptada.

<p>9. Facultad de la CFC para ordenar la práctica y ejecución de medidas cautelares⁵</p>	<p>7.3</p>	<p>La medida es correcta, pero su efectividad depende de su aplicación. La medida cautelar sigue siendo una solución adecuada para evitar abusos y daños irreversibles a las condiciones de competencia.</p>	<p>Idealmente requeriría de una regulación. Sin embargo, el hecho de que no venga aparejada con una serie de reglas y procedimientos para su implementación no es grave y sería deseable que la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles estuviera expresa.</p>
<p>10. Mecanismos para que la CFC pueda realizar visitas de verificación de manera más expedita, más eficiente y también más equitativa⁶</p>	<p>9.5</p>	<p>Hubo coincidencia absoluta en el sentido de que se requiere este instrumento.</p>	
<p>11. Transparencia y rendición de cuentas</p>	<p>3.5</p>	<p>Se transita por el camino adecuado.</p>	<p>Se requiere establecer un capítulo expreso de transparencia y desarrollar el reglamento de aplicación: emisión de opiniones, facultades para la solicitud de información, etc. Establecer sobre qué se debe de informar. Qué contenido debe de tener el informe. La CFC debe emitir criterios de interpretación de la ley en diferentes rubros por lo que debe de reglamentarse el proceso que se seguirá para estos efectos de tal manera que se</p>

⁵ La iniciativa dictaminada por el Congreso señala al respecto de esta materia que la suspensión como medida cautelar no podrá limitar la capacidad de producción de bienes y prestación de servicios del agente económico sujeto a la medida, así como tampoco podrá dañar de manera irreversible sus procesos de producción, distribución y comercialización.

⁶ Con relación a las visitas de verificación, la iniciativa de la LFCE dictaminada por la Cámara de Diputados precisa que éstas no podrán limitar la capacidad de producción, distribución y comercialización de bienes o servicios del agente económico investigado.

			garantice un proceso de consulta pública. ⁷
12. Medios de impugnación (revisión por instancia especializada o apelación dentro de la CFC; Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa)	9.4	Hay coincidencia en el sentido de que es necesaria una instancia de impugnación, pero no en el Tribunal Fiscal.	Hay que convertir a la instancia interna en un verdadero órgano de control, que evite instancias posteriores o amparos. El panel se inclina en lo general a favor del establecimiento de una instancia judicial de revisión especializada en materia de competencia (o, bien, jueces de distrito especializados).
	1.4	Entorpecería la eficacia de la reforma. Ni siquiera el TFJFA está de acuerdo. Muy pocos expedientes para una sala especializada. Pronunciamiento coincidente en contra de que se incorpore al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa como instancia de impugnación, por los problemas que generaría el retraso en sus decisiones y en razón de que constituiría un retroceso	Otra opción alternativa bien evaluada es tener funcionarios especializados en la Comisión diferentes a los Comisionados que haga las veces de órgano de apelación.

⁷ En la iniciativa dictaminada por la Cámara de Diputados se agregan especificaciones relativas a las facultades y obligaciones de la CFC en la materia. Por ejemplo, emitir y publicar opiniones sobre competencia, libre concurrencia, reglamentos, acuerdos, circulares y actos administrativos. Así, también, la publicación cada cinco años de los criterios técnicos, así como la presentación por parte del presidente del pleno de un informe público anual sobre el desempeño de la Comisión, entre otras.

		jurídico, particularmente si se recuerda que la Suprema Corte suprimió la competencia del Tribunal Fiscal.	
13. Sanciones penales	5.7	La propuesta es correcta.	Se requiere; sin embargo, restricciones, lineamientos y imitantes a las facultades de la autoridad administrativa y a su margen de discrecionalidad.

VI. Discusión particular

1. Terminación anticipada de procedimientos

A manera de síntesis, el panel concluyó que la figura es positiva siempre y cuando se acompañe de ciertas adecuaciones a la propuesta aquí analizada, como la posibilidad de cierre del procedimiento desde su inicio, así como la acotación de la discrecionalidad de la CFC tanto para terminar los procedimientos como para dictaminar responsabilidades.

En particular, algunos evaluadores mencionaron que el propósito de esta iniciativa responde a la necesidad de **dotar a los actores de un instrumento de conciliación que al mismo tiempo minimice los costos de la CFC**. Es decir, se busca instituir un mecanismo para que los agentes económicos reciban una amonestación por prácticas indebidas, las corrijan y así la CFC pueda ahorrar recursos. Al respecto, el panel coincidió en resaltar que, si bien el procedimiento de la propuesta es débil en tanto la afectación de garantías, la discrecionalidad y la falta de credibilidad en la aplicación de sanciones, es adecuado por cuanto que permite que el cierre del procedimiento ocurra antes de que se dicte la resolución respectiva. Sin embargo, **sería deseable que el mecanismo fuera accesible desde el primer día en que inicia el procedimiento de investigación**.

En materia de los cambios planteados por la reforma en el área de sanciones económicas, el panel mencionó que la iniciativa claramente refleja que su objetivo no es restituir el daño al consumidor, sino modificar la conducta del agente responsable. Uno de los panelistas mencionó que, si bien incidir sobre la conducta de las empresas a través del sistema de sanciones es un objetivo de política válido, este objetivo no tiene por que ser necesariamente único. La recuperación de las ganancias ilícitas derivadas de conductas anticompetitivas, por ejemplo, representa un objetivo diferente pero de igual importancia. En cualquier caso, el panel coincidió en señalar que un régimen de sanciones

verdaderamente efectivo tendría que operar en un contexto de credibilidad y firmeza. También se apuntó que el objetivo final de la política de competencia es conservar el *status quo* competitivo, un aspecto que parece no estar siempre claro incluso desde el seno mismo de la CFC.

Sobre el tema de los incentivos para participar en este mecanismo de terminación anticipada, un evaluador enfatizó que independientemente de la sanción monetaria que se pudiera llegar a imponer, una investigación también afecta la reputación de las empresas y, por ende, genera daños. En consecuencia, algunas de las empresas investigadas podrían no tener incentivos para acogerse al mecanismo de terminación anticipada.

Respecto al tema presupuestal, los evaluadores coincidieron que efectivamente podría haber un ahorro de recursos, aunque éste sería relativo en caso de que los particulares se ampararan ante la vulneración de garantías. Ello significaría que la Comisión tendría que responder en dichos juicios como autoridad responsable.

Así, la mayoría del panel coincidió en señalar que si bien la propuesta contempla una facultad discrecional que tendría que corregirse con la expedición de acuerdos públicos, señalaron que era positivo tener la posibilidad de cerrar el procedimiento de manera anticipada sin responsabilidad o con sanciones parciales, pero **enfatizaron la importancia de que la instrumentación de este mecanismo no afecte la posibilidad de reclamar daños y perjuicios**. Respecto a la alternativa que le otorga la iniciativa a la CFC para elegir entre cerrar el procedimiento sin responsabilidad o con la imposición de una multa del 50%, un panelista consideró que la discrecionalidad que le otorga esta disposición a la CFC puede desalentar el uso de este instrumento ya que una sanción equivalente de 50% del monto de referencia no es un monto menor.

2. Audiencia oral

Respecto a este tema se dijo que está relacionado con la terminación anticipada de procedimientos y que la interacción que supone con los agentes económicos ocurrirá en la medida que ese otro mecanismo funcione.

Se concluyó que esta figura podría mejorar la transparencia al interior del pleno, pues los comisionados estarán en condiciones de escuchar a todas las partes involucradas, tener la oportunidad de confrontar posiciones y así obtener una visión más objetiva de los casos. Incluso podría beneficiar a las partes para construir su caso. El panel coincidió en que **el reto en el ámbito de las audiencias orales serán las reglas necesarias que deberán implementarse para llevar a cabo las audiencias y así procurar su calidad** garantizando que la información relevante sea la que efectivamente se discuta en las audiencias.

Sin embargo un panelista señaló que hay un problema con el diseño, pues aún prevalece un modelo de trabajo inquisitorio, en el que no se tiene la posibilidad clara de tener acceso a los elementos del expediente y, además, éstos no se pueden desahogar en su totalidad en una audiencia oral. En todo caso, algunos panelistas indicaron que debió regularse también el proceso de cabildeo a manera, por ejemplo, de que las contrapartes estén presentes cuando alguno de los interesados se reúna con algún comisionado.

El panel concluyó entonces que luego de la expedición de la reforma **se requerirá una reglamentación del mecanismo**, ya que de otra forma se podría generar procesos de audiencias orales excesivamente largos.

3. Simplificación de procedimientos para la notificación de concentraciones

Algunos panelistas indicaron que **el procedimiento actual de notificación de concentraciones genera incertidumbre entre los agentes económicos** respecto al tema de cuándo procede hacer tal notificación. En general, los panelistas estuvieron de acuerdo en que la propuesta no mejora sustancialmente el proceso de notificación. La discusión se centró en un tema clave que la actual iniciativa no parece contemplar, que sería **incorporar el derecho de terceros que resulten afectados por una concentración para manifestar lo que a su derecho convenga**, dado que actualmente carecen de interés jurídico para participar en los procedimientos o impugnar dicha aprobación.

En cuanto a la revisión del articulado, y a modo de conclusión, se dijo que el contenido del artículo 21 bis no mejora la reglamentación actual. Los panelistas estuvieron de acuerdo que aunque se trata de eliminar carga regulatoria a los privados, también **se advierte la inexistencia de mecanismos que permitan a la Comisión y a cualquier interesado advertir transacciones que, aun actualizando en apariencia la exención de la notificación, pudieran tener efectos contrarios a la competencia**. En este sentido, sería necesario establecer algún mecanismo que facilite la detección y posible denuncia de estas concentraciones con la constancia de la fecha en que ocurrió, pues bien podrían darse concentraciones que dañan la competencia pero que no serían advertidas por la CFC.

4. Estructura de la CFC

En términos generales, el panel concluyó que **se requieren fortalecer las capacidades del pleno, sin debilitar la figura del presidente de la Comisión.**

Inicialmente, la mayoría de los evaluadores señaló que la motivación de la propuesta pareciera tener como objetivo el debilitamiento de la Comisión, mediante la reducción de su autonomía, pues no está claro el problema que pretendió resolverse, ya que **la presidencia transexenal actual fortalece la operación de la Comisión.** La propuesta de renovación de la presidencia cada cuatro años, con la posibilidad de extender ese periodo por cuatro años más a propuesta del Presidente de la República, en cambio, debilita al presidente y a la propia Comisión, sin fortalecer o ampliar las capacidades del pleno. Así, con esta propuesta, la CFC pierde autonomía y tiende a politizarse.

El panel se pronunció también por acotar la facultad del presidente al emitir opiniones que, aunque no son vinculatorias, limitan la operación del pleno como órgano máximo. En otras palabras, se sugiere que la CFC emita opiniones exclusivamente cuando éstas hayan sido acordadas por el pleno para evitar contradicciones potenciales entre las opiniones del presidente de la CFC y las del resto de los comisionados.⁸

Un evaluador señaló también que tenía que acotarse el área de influencia del presidente de la CFC respecto al secretario ejecutivo, pues en los hechos el primero controla los procesos de investigación al ser jefe del secretario ejecutivo, lo que opaca la libertad de actuación de este último. Se argumentó que

⁸ La Ley actual prevé la posibilidad que el presidente emita opiniones sobre iniciativa de leyes y anteproyectos de reglamentos y decretos así como respecto de leyes, reglamentos, acuerdos y actos administrativos sin necesidad de que sean consensadas con el pleno. Estas facultades han sido ejercidas en varias ocasiones por el presidente y ha generado la inquietud de que éstas no reflejan necesariamente la opinión del pleno.

si el objetivo es dotar a la CFC de mayor autonomía operativa, entonces el secretario ejecutivo debe ser nombrado directamente por el Ejecutivo Federal por un periodo predeterminado.

En este tema, el panel decidió dividir la propuesta en tres subtemas: modificaciones a la presidencia, facultades del secretario ejecutivo y voto de los comisionados en ausencia.

Respecto al primer subtema se concluyó que dado el diseño del órgano regulador, se requería una figura presidencial fuerte pues la autoridad de competencia suele fungir como contrapeso a importantes poderes fácticos que aglutinan una gran capacidad de actuación, sobre todo para capturar autoridades. Por ello se rechazó, unánimemente, la propuesta de que el mandato del presidente se reduzca a cuatro años, aunque pueda ser prorrogado a instancia del Presidente de la República. Esta reforma resulta peligrosa y totalmente contraria a la consecución de una CFC fuerte y eficiente.

En cuanto al segundo subtema de revisión, la mayoría del panel dijo que era adecuado fortalecer al secretario ejecutivo pues no minaba la fortaleza del Comisión en su conjunto. Además, se indicó que sería adecuado legislar de forma que se dividieran claramente las facultades de actuación del presidente del pleno como superior administrativo y como encargado de la CFC, cediendo facultades sobre la primera función a favor del secretario. Para ello, se requeriría **sujetar al secretario ejecutivo a la dictaminación del pleno.**⁹

Por último, **respecto a la votación en ausencia de los comisionados, la mayoría del panel no aprobó la propuesta.** Se argumentó que el objetivo de los

⁹ En el IFAI ya se han analizado los problemas que esto conlleva, así como las dificultades internas que se generan. El procesamiento de esta parte de la reforma sí debilita a la CFC.

órganos colegiados es generar una decisión que esté fundamentada por la intervención de sus integrantes, así como establecer contrapesos en la toma de decisiones. Por tanto, la posibilidad de que un comisionado no intervenga en la discusión y vote, podría generar una distorsión de incentivos, además de que atenta contra la fundamentación original del órgano colegiado como decisor. Se advirtió sobre la contradicción de la iniciativa que deriva de dotar al pleno de más atribuciones, incluso para designar al secretario ejecutivo, pero por otra parte se reduce la efectividad de la colegiación del pleno al instaurar el voto en ausencia.

En general, el panel concluyó que la propuesta generaba más problemas de los que pretendía resolver y debilitaba los procedimientos de toma de decisión.

5. Facultades de la CFC para sancionar prácticas monopólicas en actividades reservadas

En general los evaluadores coincidieron en que **se trata de un tema sumamente trascendente, pues responde a un problema fundamental**. Señalan, sin embargo, que la propuesta no resuelve la problemática central.

Se trata de la revisión al artículo 28 constitucional en el que se plantean prohibiciones a los monopolios y a las prácticas monopólicas. Sin embargo existen actividades reservadas que están exentas de dicha prohibición. **El problema radica en que si bien los operadores en actividades reservadas no son considerados monopolios, también es cierto que la Constitución no autoriza a estos operadores para que abusen de su poder de mercado**. Esto es, hay agentes que se protegen de la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica en **una mal entendida inmunidad constitucional**. En efecto, los panelistas indicaron que el texto del artículo 28 no otorga permiso a los monopolios designados para abusar de este poder en los mercados.

El panel también indicó que **se requiere modificar el artículo 4º de la Ley Federal de Competencia, así como aclarar conceptual y legalmente cuáles son los ámbitos protegidos**. Los evaluadores insistieron en que es un tema clave y que la baja calificación otorgada responde a que la iniciativa no modifica el estado de cosas. En efecto, si el objetivo era dar claridad sobre las facultades de la CFC en los sectores contenidos en el artículo 28 constitucional, era necesario modificar el texto del artículo 4 de la LFCE e incluir un texto más claro y explícito.¹⁰

¹⁰ Algunos temas de relevancia señalados por el panel en este ámbito fueron el caso de las gasolineras de PEMEX, la fibra óptica de la CFE y los ductos de la misma PEMEX.

6. Facultad de la CFC para obligar a agentes económicos a proporcionar información

Se comentó que dicha facultad ya existe y que tiene como justificación la realización de estudios, análisis y opiniones de la Comisión. Un evaluador señaló que tal petición implicaba una afectación importante para los particulares, particularmente cuando la utilidad de la información proporcionada era incierta. En todo caso, dicho evaluador se pronunció por **fortalecer esa medida con mayor transparencia de la CFC para rendir sus opiniones.**

Por otra parte, se dijo que un acierto de la propuesta es que estos requerimientos de información son extensivos a otras instituciones y órganos de la administración pública, lo cual incrementa la calidad de las opiniones e investigaciones de la CFC.

De esa forma, los panelistas acordaron dividir la propuesta en dos tipos de solicitudes de información: a los particulares y a otras instituciones y órganos de la administración pública. Respecto al primer punto coincidieron en que era una facultad excesiva de la Comisión en tanto que impone altos costos de cumplimiento a los particulares; mientras que en el segundo caso se consideró como una medida adecuada.

En síntesis, algunos panelistas cuestionaron la facultad de la CFC de solicitar información a los particulares que no son objeto de investigación para elaborar opiniones e investigaciones. Un panelista argumentó que, en todo caso, es necesario que la solicitud de información a los particulares tenga como fundamento un análisis costo-beneficio de sus impactos para evaluar su procedencia. Esto es, y en opinión de este panelista, sólo sería justificable realizar esta solicitud de información cuando sus beneficios reales sean mayores que los costos de cumplimiento impuestos sobre los particulares. Las solicitudes de

información a particulares que no cumplen este *test* de evaluación, operan claramente en detrimento del bienestar social y, en consecuencia, deberían prohibirse. Por el contrario, en el caso de los órganos e instituciones públicas, se aprobó totalmente dicha facultad.

7. Sanciones económicas

Como parte de la discusión se dijo que el problema inicial al que se enfrentan los actores en los distintos sectores económicos es conocer con certidumbre cuando una práctica comercial particular es susceptible de ser sancionada. Para ello **se requiere que las reglas que fundamentan la aplicación de una sanción en competencia económica sean claras**. Así, coincidieron, una reforma al régimen de sanciones en México tendrá que atender aspectos importantes como la definición de su tipicidad, proporcionalidad y motivación, a manera que la autoridad cuente con un marco de racionalidad al momento de sancionar.

En cuanto al tema de la aplicación de las multas, la mayoría del panel coincidió en señalar **que el establecimiento de lineamientos es fundamental para un sistema de imposición de multas efectivo**. Esto mismo se vivió en Europa y no fue hasta que se emitieron estos lineamientos que las sanciones pudieron válidamente sostenerse en los tribunales. En efecto, consideraron que **los criterios que contiene el artículo 36 de la LFCE no son suficientes para establecer y tasar las multas en México**.

Por lo expuesto anteriormente, la discusión de este tema en la mesa de análisis se dividió en dos grandes ámbitos: aumento de sanciones y su aplicación. En general, los evaluadores señalaron que era adecuado aumentar las sanciones a fin de desincentivar con mucha mayor eficacia la violación de la ley de competencia. **El gran problema encontrado por el panel, sin embargo, fue que la determinación de las sanciones económicas sigue siendo discrecional**. Si bien es cierto que la iniciativa prevé la emisión de lineamientos y criterios para la determinación de las multas (lo que reduciría el margen de discrecionalidad), **es necesario esperar a ver su contenido para evaluar en su integridad la utilidad de incrementar las sanciones**.

En síntesis, el panel concluyó que es adecuado aumentar las sanciones a manera de restablecer su poder disuasivo. Señaló, sin embargo, que el problema de la efectividad de las sanciones no depende únicamente del incremento de éstas, sino de su adecuada y expedita aplicación. Esto es, existe un conjunto de factores que inciden sobre la aplicación efectiva de sanciones y una reforma integral en esta área no puede omitirlas.

Estos factores de carácter “procedimental” son claves y no parecen haberse contemplado como parte del paquete de reforma. Por lo tanto deben generarse reglas claras (lineamientos) para la determinación de las sanciones y la aplicación de éstas debe supeditarse a la emisión de los referidos lineamientos, incluyendo la capacitación del personal para hacer eficaces sus acciones al momento de verse cuestionadas ante los tribunales.

8. Determinación de poder sustancial conjunto

El problema que se apuntó durante la discusión fue que **no existen criterios unívocos para determinar cuándo es procedente determinar la existencia de poder sustancial conjunto**. En general, lo que se tiene es un problema de estándares de determinación y de evidenciación para probar que existe efectivamente poder sustancial conjunto.

Un panelista comentó que con las modificaciones propuestas a la ley en esta materia, parecería posible determinar que no existen condiciones de competencia en un mercado que, en los hechos, es competitivo a consecuencia de la (falsa) identificación de un problema de poder sustancial conjunto. Este resultado “sorpresivo” deriva del hecho de que la iniciativa no parte de una definición metodológicamente robusta de lo que se entiende por poder sustancial conjunto. El panelista comentó entonces que la parte clave en este tema es cómo habrá de definirse explícitamente este concepto en el reglamento de la ley. En estos momentos, **la definición de poder sustancial conjunto que se tiene en la iniciativa es ambigua** y puede generar muchos más problemas de los que resuelve.

A propósito de este mismo tema, el panel discutió sobre si en realidad el tema se reduce a un problema probatorio de una conducta que más bien son del corte de las sancionadas por el artículo 9° de la LFCE (prácticas absolutas). También podría mejorar la legislación, a propuesta de un evaluador, distinguiendo los efectos de la intención, de la ocurrencia de hechos y los efectos incurridos por determinada práctica.

En suma, los evaluadores concluyeron que éste es un tema muy importante, pero difícil de tratar desde su perspectiva metodológica. El panel

coincidió en que es necesario evaluar con cuidado este tema conceptual antes de avanzar en una reforma a la ley que pudiese ser incluso contraproducente.

9. Facultad de la CFC para ordenar la práctica y ejecución de medidas cautelares

Inicialmente un evaluador apuntó que podría ser una propuesta inconstitucional. Sin embargo, no todos los evaluadores estuvieron de acuerdo, pues un agente podría cometer una irregularidad evidente, por lo que hay casos en los que la aplicación de medidas cautelares estaría justificada. Argumentaron, adicionalmente, que **si el daño al estado de la competencia de una práctica en particular es irreversible, el daño social justifica plenamente el uso de estas medidas.**

De esta forma, inicialmente el panel se mostró dividido en la discusión. A decir de algunos evaluadores, además de la posible inconstitucionalidad de la medida, no sería factible su aplicación en razón de que se requerirá de la colaboración de otras autoridades para ejecutarla. Adicionalmente, se argumentó que habrá algunas prácticas que podrán suspenderse o que están relacionadas con terceras partes y, por lo mismo, no pueden ni debieran suspenderse fácilmente.

Sin embargo, para otros evaluadores las medidas cautelares siguen siendo una solución adecuada para evitar abusos de derecho y, en consecuencia, para proteger el *status quo* competitivo de prácticas que se presume podrían ser dañinas. Un tema central identificado por el panel se refirió al tema de las garantías que debiesen existir en caso de que la imposición de una medida cautelar, que a la postre resultó innecesaria, genere un daño patrimonial. La discusión no fue concluyente en este aspecto, pero se canalizó a discernir el agente o institución que debiese dar esa garantía ante la ocurrencia de ese escenario en particular.

Cabe señalar que al final de la discusión, los evaluadores sí estuvieron de acuerdo en señalar que la medida es correcta, aunque su efectividad depende de

su aplicación. Así también, que **la medida cautelar sigue siendo una solución adecuada para evitar abusos y daños irreversibles a las condiciones de competencia.** Apuntaron que idealmente requeriría de una regulación. Sin embargo, el hecho de que no venga aparejada con una serie de reglas y procedimientos para su implementación no es grave, aunque sería deseable que la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles estuviera expresa.

10. Mecanismos para que la CFC pueda realizar visitas de verificación de manera más expedita, más eficiente y también más equitativa

Al respecto de esta materia, **el panel de evaluadores fue coincidente y enfático en decir que este instrumento es muy necesario**, aunque advirtieron que el tema va a ser debatido por muchos años.

11. Transparencia y rendición de cuentas

El apunte inicial sobre la discusión se basó en la premisa de que si una autoridad es dotada de mayor poder, el correlativo tiene que ser la obligación de que justifique su actuación de una manera objetiva. Por ejemplo, en España existe un capítulo constitucional sobre la transparencia en el ejercicio de funciones de la autoridad, y en México se requiere una reglamentación semejante. Algunos evaluadores señalaron que es tan importante que la CFC esté facultada para pedir información a los particulares como su obligación de dar información a éstos.

El panel coincidió en señalar que es **un buen avance que la Comisión esté obligada a emitir criterios de interpretación de la ley en diferentes rubros**. Ello no debe implicar, no obstante, que la CFC esté obligada a responder caso por caso, pero sí que exista la obligación de emitir un criterio público en torno a cierta opinión vertida.

La mesa de análisis discutió lo relativo al desarrollo de las sesiones del pleno. Señaló que se ha hablado mucho del cómo podría ser público un debate donde cierta información es reservada para los actores. Al respecto, un panelista indicó que se podría generar la norma para que las deliberaciones sean video grabadas, de forma que exista una constancia para emitir una versión estenográfica editada con los apartados confidenciales cancelados.

En síntesis, los expertos indicaron que por lo que respecta a esta materia, la reforma a la legislación transita por el camino adecuado. Se requiere, no obstante, **establecer un capítulo expreso de transparencia y desarrollar el reglamento de aplicación**: emisión de opiniones, facultades para la solicitud de información, etc. Asimismo, la CFC debiera emitir criterios de interpretación de la ley en diferentes rubros por lo que debe de reglamentarse el proceso que se

seguirá para estos efectos de tal manera que se garantice un proceso de consulta pública.¹¹

¹¹ Al respecto vale la pena reflexionar sobre la cantidad de regulación que se está proponiendo que se genere.

12. Medios de impugnación

En la mesa de discusión hubo coincidencia en el sentido de que las instancias de impugnación son necesarias. Al respecto se dijo que el esquema de todas las agencias administrativas parte de que una vez que se han impuesto sanciones administrativas, se genera una medida judicial en donde jueces revisan el proceso. En Europa, muchos de los jueces no son solamente abogados, sino que cuentan con una especialidad concreta. Por ejemplo, en la UE los jueces emiten una sentencia atendiendo el fondo del caso dado su mayor grado de especialidad.

Sin embargo, tener este tipo de medios jurisdiccionales de impugnación ha generado que cuando los tribunales superiores revisan esas sentencias, no revisan los temas de fondo. En este sentido, el panel señala que **el problema es que el actual Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA) es muy lento, muy formalista, no conoce los temas de fondo, y ello ha generado una duplicidad de trabajo pues generalmente los casos terminan siendo revisados en un juicio de amparo.**

Uno de los panelistas opinó que también en el seno del Poder Judicial Federal debiera existir un tribunal especializado, lo que incluiría un juez de distrito y tribunal colegiado, cuya competencia no fuera exclusivamente en materia de competencia económica, sino de Derecho Económico.¹² **La idea de tener al juez y el tribunal es que en todos los procesos federales, incluido el amparo, siempre haya dos instancias de revisión.** Aun cuando se creara el órgano de apelación ante la CFC o la sala especializada del TFJFA, de todos modos se requeriría tener al tribunal colegiado experto.

¹² En este sentido hay una recomendación de OCDE para México.

Por lo anterior, **los expertos emitieron un pronunciamiento coincidente en contra de que se incorpore al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa como instancia de impugnación por los problemas que generaría el retraso en sus decisiones** y en razón de que constituiría un retroceso jurídico, particularmente si se recuerda que la Suprema Corte suprimió la competencia del Tribunal Fiscal en la materia.

En general, **los evaluadores se inclinaron a favor del establecimiento de una instancia judicial de revisión especializada en materia de competencia, contar con jueces de distrito especializados o, bien, otra opción alternativa bien evaluada es tener funcionarios especializados en la Comisión diferentes a los comisionados que haga las veces de órgano de apelación.** Esta medida dotaría a la CFC de mayor eficiencia en su actuación, a la vez que daría a los particulares una mayor seguridad jurídica en relación a las decisiones tomadas por el órgano de competencia.

13. Sanciones penales

Al respecto, el panel coincidió en señalar que se trata de una buena propuesta, no obstante que en la práctica su uso no sea muy efectivo. Se comentó, por ejemplo, que en Europa y Estados Unidos —donde se prevé la aplicación de este tipo de sanciones—, su uso ha sido mínimo. Con base en lo anterior, en general el panel expresó que **se trata de una propuesta correcta, pero lo que no es adecuado es que la autoridad administrativa tenga facultades tan amplias al respecto y amplio margen de discrecionalidad.**

De acuerdo a un panelista, un problema serio es cómo armar o instruir adecuadamente una acusación penal, pues ello implica que fiscales especializados preparen la consignación y luego gestionen eficazmente la defensa del caso ante los tribunales. Bajo esta línea de argumentación, existen serios problemas con la discrecionalidad, ya que los agentes del Ministerio Público, que no poseen conocimientos de derecho económico, se encargarán de pulverizar la intención de ejemplaridad del derecho penal, con una acusación mal planteada.

Conclusión

La iniciativa de reforma a la LFCE, aunque perfectible, es un paso en la dirección correcta debido a que otorga mejores instrumentos para la efectividad de la CFC, si bien no establece una política integral de Estado en materia de competencia, así como los temas relativos a la relación orgánica que debe de existir entre la CFC y otros órganos que tienen incidencia sobre la evolución de la competencia económica en México.

Se requiere instrumentar ciertas mejoras puntuales a elementos particulares de la iniciativa que debilitan a la Comisión y vulneran la incertidumbre jurídica de los agentes económicos. Éstas se detallan en el apartado denominado “Discusión particular”, parte nodal de este reporte.