

FORTALECER A LOS REGULADORES CAMBIANDO LAS REGLAS DEL JUEGO EN MÉXICO

Por Alejandro Faya Rodríguez¹

Estudio elaborado para la Red Mexicana de Competencia y Regulación impulsada por CIDAC

¹Abogado (UIA), Maestro en Derecho (Oxford) y Maestro en Políticas Públicas (FLACSO). En el sector privado fue miembro de los despachos Camil Abogados y López Velarde, Heftye y Soria. En el sector público fue Director de Asuntos Jurídicos y Director General Adjunto de Asuntos Internacionales de la Dirección General de Inversión Extranjera de la Secretaría de Economía, así como Asesor Jurídico Senior del Proceso para el Fortalecimiento del Marco Regulatorio para la Competitividad entre la Secretaría de Economía y la OCDE. Actualmente es consultor y director de AFR consultoría jurídica. Consultor externo de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés). Profesor de Derecho de la Inversión Extranjera y de Derecho de la Regulación Económica en la Maestría de Derecho de los Negocios Internacionales de la UIA. Profesor en la Especialidad de Derecho Internacional Público de la UNAM. Colaborador de la Red de Competencia y Regulación del Centro de Investigación para el Desarrollo (CIDAC).

Primera edición 2010

© 2010, Alejandro Faya Rodríguez

D.R. 2010, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C.

Jaime Balmes No. 11 Edif. D, 2º piso

Col. Los Morales Polanco, 11510 México, D.F.

Tel.: +52 (55) 5985-1010

www.cidac.org

Diseño, formación tipográfica y edición: Terraza Termita S.A. de C.V.

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita de los titulares de los derechos, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, así como su distribución mediante alquiler o préstamo público

Este libro se llevó a cabo gracias al generoso apoyo de la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). El contenido y conclusiones son responsabilidad del autor y no representan los puntos de vista o las opiniones de USAID o del Gobierno de Estados Unidos de América.

ISBN: 978-607-9058-00-5

Impreso en México/ Printed in Mexico

Índice

Presentación	8	Capítulo Cuarto: Naturaleza jurídica del regulador	84
Capítulo Primero: Aspectos generales	12	4.1 Órganos desconcentrados y su obsolescencia para el caso de los reguladores	85
1.1 Contexto económico e institucional	13	4.2 Constitucionalidad de los reguladores	89
1.2 El factor institucional	14	4.2.1 Criterios de la SCJN	89
1.3 Regulación y reguladores	17	4.2.2 Análisis y crítica	96
1.4 Conclusiones del Capítulo Primero	23	4.3 Propuesta de reforma: una nueva figura	102
Capítulo Segundo: Arreglos institucionales de los reguladores	24	4.4 Conclusiones del Capítulo Cuarto	106
2.1 Principios de una buena regulación	25	Capítulo Quinto: Relación con el Poder Judicial	107
2.2 Arreglos institucionales del regulador: factores básicos y mejores prácticas	26	5.1 Discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados y “deferencia judicial”	111
2.2.1 Mandato y atribuciones	28	5.1.1 Discrecionalidad	111
2.2.2 Autonomía	32	5.1.2 “Deferencia judicial” en Estados Unidos	114
2.2.2.1 ¿Independencia plena?	37	5.1.3 Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa en México	118
2.2.3 Recursos humanos y materiales	38	5.2 Tribunales especializados	125
2.2.4 Rendición de cuentas	39	5.3 Facultad materialmente legislativa de los reguladores	128
2.3 Arreglos horizontales	41	5.4 Finalidad administrativa	134
2.4 Conclusiones del Capítulo Segundo	42	5.5 Conclusiones del Capítulo Quinto	136
Capítulo Tercero: Arreglos institucionales de los reguladores en México	43	Conclusiones Generales	137
3.1 Antecedentes	44	Referencias bibliográfica	183
3.2 Estudio de reguladores económicos	49	Agradecimiento	191
3.2.1 CFC	49	Sobre el Autor	192
3.2.2 COFEMER	60	Sobre CIDAC	193
3.2.3 CRE	67	Sobre la Red Mexicana de Competencia y Regulación	194
3.2.4 COFETEL	75		
3.3 Conclusiones del Capítulo Tercero	83		

Presentación

Uno de los más apremiantes problemas de la economía mexicana es el deficiente estado de la competencia y regulación. Varios sectores de nuestra economía están dominados por un escaso número de participantes y se caracterizan por ofrecer a empresas y consumidores insumos a precios más altos que los disponibles en el extranjero. Algunos productos y servicios que durante años se han ofrecido en otros países, demoran en ser introducidos al mercado nacional. En sectores caracterizados por la intervención pública, las estructuras monopólicas y oligopólicas siguen siendo comunes. Las reglas que norman la actuación distan de ajustarse a las prácticas más deseables en términos de beneficio social.

El desarrollo de mejores prácticas en materia de competencia económica y regulación, incrementaría la tasa de productividad del país, y se traduciría en mejores servicios y precios para las empresas y los consumidores mexicanos. Un mejor marco regulatorio crearía un ambiente que permitiría el crecimiento, con mejores oportunidades de inversión para el sector privado. Modernizar el marco regulatorio en sectores clave –como los de energía, agua, comunicaciones, telecomunicaciones y financiero– también contribuiría para incrementar el capital invertido en infraestructura y maximizar los beneficios sociales de tales inversiones.

Pero el desarrollo de mejores prácticas en materia de competencia y regulación se revela imposible si no está guiado

por el conocimiento profundo y especializado de los problemas y el desarrollo concienzudo de soluciones apropiadas. Asimismo, el progreso se vuelve lento si el conocimiento especializado no se difunde entre la población y hacia actores clave en el proceso de toma de decisión. Para lograr un cambio debe existir una conciencia desarrollada de los problemas y de los intereses especiales que frecuentemente se oponen a soluciones congruentes con el interés general. Por ello, en el Centro de Investigación para el Desarrollo A.C. (CIDAC) consideramos fundamental apoyar el desarrollo de una masa crítica de estudios especializados en cuestiones de competencia y regulación relevantes para las políticas públicas en México, así como darlos a conocer a la sociedad mexicana.

En este sentido, la Red Mexicana de Competencia y Regulación es un proyecto que reúne a destacados profesionales de varias instituciones que tienen interés por el análisis de las cuestiones de competencia y regulación en la economía mexicana. La Red es impulsada por CIDAC y es posible gracias al apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID).

Los estudios incluidos en la presente colección tienen una orientación de políticas públicas, todos con un sólido respaldo teórico y muchos de ellos son relevantes para el debate científico de la teoría económica. Los estudios desarrollados por los colaboradores de la Red y su constante intercambio de ideas generan resultados alentadores e importantes aportaciones para el desarrollo de las instituciones de competencia y regulación en el país.

El estudio Fortalecer a los reguladores: cambiando las

reglas del juego en México, es el décimo que publica la Red. El autor, Alejandro Faya Rodríguez, es licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana, Maestro en Derecho por la Universidad de Oxford y Maestro en Políticas Públicas Comparadas por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

En este libro, Alejandro Faya explica la incidencia de las variables institucionales para el desarrollo de México, enfocando su análisis en la necesidad de fortalecer a los órganos reguladores para poder mejorar las condiciones de competencia y promover el crecimiento. Advierte que en México los reguladores nacen para regular fenómenos particularmente complejos y dinámicos, que exigen una forma continua de control que privilegie el uso de la técnica, evite la interferencia política y procure el interés público sobre el privado.

En primer lugar, se explica que los reguladores fueron mal diseñados desde su origen, aunado al hecho de que fueron insertados en un sistema legal rígido y estricto, poco compatible con su naturaleza. Luego, se advierte que a la fecha, casi todos los reguladores permanecen con carencias importantes a la luz de una economía altamente concentrada y distorsionada, lo que ha hecho difícil, y en algunos casos imposible, corregir las fallas de mercado correspondientes o cristalizar los objetivos de política pública para los que fueron creados. Así, la propuesta que el autor realiza a lo largo del documento, busca establecer un balance entre la autonomía y la rendición de cuentas así como la autonomía y la pertenencia a un gobierno central, en particular para la Comisión Federal de Competencia, la Comisión Federal de Mejora Regulatoria, la Comisión Reguladora de Energía y la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

La adopción de las propuestas que realiza Alejandro Faya, contribuiría a fortalecer significativamente la institución del regulador en México y, por lo tanto, de la regulación que rige la competencia y la eficiencia en diferentes sectores de la economía mexicana. La publicación del presente estudio constituye una valiosa aportación al debate mexicano en dicha materia.

Verónica Baz
Directora General
CIDAC

María Cristina Capelo
Coordinadora de la Red Mexicana
de Competencia y Regulación
CIDAC

CAPÍTULO PRIMERO

Aspectos Generales

Resumen Ejecutivo

El presente capítulo explica la incidencia de las variables institucionales en el desarrollo de cualquier país. Expone que en el caso particular de México, el pobre desempeño económico de las últimas décadas aunado a la grave fragilidad mostrada a raíz de la crisis económica global se explican, en gran medida, por la fragilidad de las instituciones, la ausencia de condiciones de competencia y la mala regulación. Lo anterior exige, entre otras cosas, mejorar la calidad de la regulación y fortalecer a los reguladores. Posteriormente, el capítulo advierte que la regulación resulta indispensable para garantizar el orden público, corregir fallas de mercado y satisfacer objetivos sociales y, en este contexto, recuerda que los monopolios naturales, así como diversos servicios estratégicos o de necesidad colectiva, históricamente han estado sujetos a un régimen de control. Este régimen consistió primeramente en la prestación directa por el propio Estado y, luego de los procesos de liberalización y privatización ocurridos en los 80 y 90, a través de agencias administrativas autónomas que regulan la conducta de los particulares a los cuales les fueron transferidas las diversas actividades. Se advierte que el fenómeno de los reguladores nace por los límites de la burocracia central para regular con éxito fenómenos particularmente complejos y dinámicos que exigen una forma especial y continua de control que privilegie el uso de la técnica, evite la interferencia política y procure el interés público sobre el privado.

1.1 Contexto económico e institucional

La crisis económica desatada en 2008 puso en evidencia a México: su economía fue la más golpeada de América Latina.² Pero nada debía sorprender, ya que México había sido una de las economías de más pobre desempeño durante los últimos años.³ Como señala el más reciente reporte de la OCDE,⁴ México ha tenido una evolución decepcionante en el curso de los últimos 20 años comparado con otros países en vías de desarrollo. El crecimiento en México se ha apoyado principalmente en la acumulación de factores de producción - en lugar de aumentos en la productividad - lo que se explica en gran medida por la falta de reformas amigables al crecimiento.

La situación nacional evidencia las gigantescas insuficiencias estructurales de la economía nacional y del andamiaje institucional que durante algún tiempo fueron mitigadas por factores exógenos. Tenemos por una parte sectores económicos de vital importancia distorsionados o excesivamente concentrados,⁵ con poca o nula competencia, y por la otra sectores dinámicos y de gran potencial

²Un retroceso entre 7% y 8% según estimaciones de la CEPAL y OCDE.

³Entre 2007 y 2008 México creció un 2.3% mientras que Colombia un 5%, Costa Rica un 5.2%, Brasil 5.4%, Uruguay un 8.2%, Perú un 9.3% y Panamá un 10.2%; inclusive, Venezuela, Cuba y Bolivia, con todo y sus políticas públicas altamente cuestionables, crecieron un 6.8%, 5.8% y 5.3%, respectivamente. Fuente: CEPAL.

⁴OECD (2009), Economic Survey of Mexico.

⁵Telmex-Telcel controlan más del 80% del mercado de la telefonía fija y 70% de la telefonía móvil; Cemex, el 80% de la producción de cemento; Televisa, el 70% de la televisión abierta; y Grupo Modelo, el 63% del mercado de cerveza. Los mercados de leche, huevo, pan blanco, tortilla y servicios financieros también son controlados por dos o tres empresas cada uno. No es por nada que nuestro país ha recibido una calificación reprobatoria de 3.5 (de un total de 7) en materia de política de competencia por el Foro Económico Mundial. Ver: Ackerman, John M. (2009), Monopolio, competencia y regulación, Revista Proceso, No. 52.

– especialmente integrado por micro, pequeña y mediana empresa – que son asfixiados por la sobrerregulación, el exceso de burocracia y las barreras a la entrada.

No cabe duda, la solución debe darse hacia adentro: en lo económico, fortalecer un mercado interno, y en lo institucional, favorecer un clima propicio a la actividad económica productiva, lo cual implica necesariamente mejorar la calidad de la regulación, vigorizar los procesos de competencia y adoptar una infraestructura institucional eficaz y eficiente. Una importante parte del desarrollo radica precisamente en la creación de capacidades institucionales. El principal reto – y prioridad también – debe ser elevar la competitividad y productividad de la economía.

1.2 El factor institucional

Durante las últimas dos décadas ha existido un intenso debate académico sobre el rol que juega el factor institucional en el desarrollo. Existe un creciente consenso, respaldado por la literatura y la evidencia empírica, que las instituciones tienen un fuerte impacto correlativo en la productividad, competitividad, prosperidad y el desarrollo económico de los países y definen la manera en que la sociedad distribuye los beneficios y costos del desarrollo de estrategias y políticas.⁶ De hecho, la investigación

⁶WEF (2009), Global Competitiveness Report 2009-2010. Según el propio WEF, se entiende por instituciones, además del marco legal, la actitud del gobierno hacia el mercado, su eficacia y eficiencia y las libertades económicas. Factores como el exceso de burocracia y regulación, sobrerregulación, corrupción, falta de transparencia y confianza y la dependencia del poder judicial hacia el gobierno imponen costos significativos a los negocios y retrasan el proceso de desarrollo.

señala a la infraestructura social e institucional como el factor, si no el único, que más importa para la prosperidad en el largo plazo.

Los mercados maduros dependen de raíces institucionales profundas, normalmente ausentes en los países en vías de desarrollo.

Si bien el desarrollo debe ser causa primaria de la inversión y actividad empresarial del sector privado bajo un esquema de libre mercado, un gobierno estable, honesto y efectivo es crítico en el largo plazo.⁷ Ver al Estado como excluyente del mercado es una noción absolutamente equivocada; si bien el Estado no debe reemplazar al mercado, sí debe proveer los cimientos básicos para su funcionamiento, por ejemplo, definiendo los derechos de propiedad, garantizando la seguridad jurídica y física de las personas y sus bienes y administrando un sistema de administración de justicia que ejecute contratos y obligaciones, pero debe también velar para que el mercado se conduzca ordenada y armónicamente.

Mientras la economía crece y se desarrolla, los gobiernos pragmáticos y activos tienen un rol crucial que jugar. Más que el tamaño del Estado, lo que importa es su eficacia y eficiencia: el buen uso de los recursos (hacer más con menos), la intervención económicamente justificada, una visión sustentable así como la aplicación de la ley de forma clara, transparente y predecible.

⁷Growth Report (2008), The Growth Commission.

México es un país sobrediagnosticado: abundan estudios y reportes que ofrecen conclusiones similares respecto de qué debe hacerse; las recomendaciones internacionales de reforma estructural son claras y coincidentes. Un punto resulta evidente: la necesidad de una reforma institucional a varios niveles. Es ilustrativo el reporte de la OCDE de 2007, cuyo contenido permanece vigente casi en todos sus términos,⁸ asimismo, los elaborados por el WEF,⁹ el Banco Mundial¹⁰ y el IMCO,¹¹ que identifican a la calidad institucional como uno de los principales obstáculos para el desarrollo de México. Lo anterior incluye principalmente la burocracia e ineficiencia gubernamental, la excesiva carga regulatoria, las precarias condiciones de competencia, la dificultad (o incapacidad) para combatir grupos de interés y monopolios (de diverso tipo) así como el frágil estado de derecho.¹²

Existen dos consensos claros: fortalecer la política de competencia en todos los sectores y mejorar la calidad de la regulación, lo que implica necesariamente fortalecer los distintos órganos reguladores, caracterizados por sus deficientes arreglos institucionales. Desde luego que la reforma institucional que México requiere engloba muchísimo más, sin embargo, el presente estudio se circunscribe a analizar el caso de los reguladores y al análisis y desarrollo de propuestas encaminadas

⁸OECD (2007), *Economic Survey of Mexico*.

⁹WEF, op. cit.

¹⁰World Bank (2007), *Democratic Governance in Mexico: Beyond State Capture*, Report No. 37293-MX.

¹¹IMCO (2009), *Competitividad Internacional 2009, México ante la crisis que cambió al mundo*.

¹²Otros estudios van más allá. Por ejemplo, se ha concluido que México no podrá avanzar mientras sigan persistiendo monopolios de todos tipos (sociales, políticos, económicos, etc). Ver World Bank (2007), *Democratic Governance in Mexico: Beyond State Capture*, report No. 37293-MX.

al debate y todos coinciden, elemento que debería capitalizarse tarde o temprano. Parece ser que el freno principal viene por parte de los grupos de interés que se benefician del status quo y que gozan de gran influencia en el diseño de leyes y políticas públicas, aunado a la falta de liderazgo, voluntad y creatividad del Ejecutivo y la incapacidad del Congreso para concretar reformas de largo alcance.

1.3 Regulación y reguladores

La evidencia es clara en el sentido de que la regulación resulta indispensable. Ninguna sociedad moderna funciona sin regulación. Es necesaria simplemente para mantener el orden público y facilitar las transacciones diarias; además, la manera en que algunos mercados funcionan puede tener perversas consecuencias, así como efectos colaterales de tipo ambiental y social.¹³

Aunque históricamente los gobiernos han tenido problemas para distinguir las situaciones y justificaciones válidas para intervenir en los mercados, existe un consenso importante alrededor de las principales “fallas de mercado” que exigen la intervención estatal:¹⁴

- Monopolios o impedimentos significativos para un mercado competitivo, que causan distorsiones importantes en términos de precios y acceso a productos y servicios y que disminuyen el bienestar de los consumidores.

¹³APEC (2009), *Economic Policy Report*.

¹⁴Ogus, Anthony I. (2001), *Regulatory Institutions and Structures*, Centre on Regulation and Competition, Working Paper Series, Paper No.4.

- Información asimétrica que afecta la relación entre oferentes y consumidores, causando que algunos productos o servicios necesarios no estén disponibles.
- Externalidades negativas donde los productores imponen costos a terceros no reflejados en sus procesos de producción (como por ejemplo la contaminación u otros riesgos a la salud pública) y
- Falta de producción de bienes públicos,¹⁵ sin los cuales se frena la inversión y la oferta de ciertos bienes y servicios indispensables para cualquier sociedad (como la seguridad pública).

Aunado a lo anterior, la regulación se utiliza para fines más amplios en materia económica y social, principalmente para efectos de justicia social y equidad distributiva, lo que también podría justamente considerarse como una “falla de mercado”, dado que la teoría de mercado asume una serie de condiciones que nunca están del todo presentes, incluyendo un elevado número de oferentes y demandantes así como libre acceso a los recursos.

Históricamente la regulación ha tomado especial énfasis cuando se trata de servicios públicos (“*utilities*”) que constituyen monopolios naturales susceptibles a un abuso de posición dominante en el mercado, industrias de redes donde es menester

¹⁵En economía se define a un bien público como un bien que está disponible para todos y que su uso o consumo por una persona no impide o disminuye el uso o consumo por otra. Por lo mismo, no existe incentivo para que la iniciativa privada ofrezca este tipo de bienes. Lo hace el Estado mediante el cobro de impuestos.

garantizar el acceso, o bien son estratégicos al ser de necesidad colectiva y donde el interés público exige un suministro de calidad, universal, constante y a precio justo.¹⁶ Por las razones anteriores, los servicios públicos siempre han estado sujetos a régimen de control, que tradicionalmente se ejercía a través de la prestación directa por el propio Estado (“*public utilities*”). Sin estar peleados con el libre mercado, países como Irlanda, Reino Unido, Francia e Italia tenían una fuerte tradición estatista (sobre todo Francia, con sus “*grands projects*” en telecomunicaciones, transporte y energía).

No obstante, durante los años 80 y 90 los procesos de liberalización a nivel mundial pusieron fin a numerosos monopolios públicos. La transferencia a particulares no eximía la lógica de un control, sino una forma distinta de intervención (por ello, el término “re-regulación” resulta más apropiado que la “desregulación”). El Estado proveedor pasó a ser un Estado regulador.¹⁷ Apunta la OCDE:

“Una de las instituciones más utilizadas del modelo gubernamental moderno es el llamado regulador independiente o agencias administrativas autónomas con poderes regulatorios. Esto es, instituciones regulatorias que operan a distancia de los ministerios o inclusive del poder ejecutivo. Estas instituciones comenzaron a aparecer en los 1980’s y 1990’s y siguen creciendo, particularmente en conexión a la privatización de empresas públicas y el establecimiento de condiciones de competencia en industrias anteriormente monopólicas.”

¹⁶Es decir, resulta más eficiente tener un proveedor que varios de ellos, dados los altos niveles de inversión inicial y de mantenimiento, así como la réplica ociosa de estructuras industriales o de redes que no conducen a mejoras en calidad o precio.

¹⁷Majone, G. (1996), *Regulating Europe*, Routledge, London.

*Se encuentran particularmente en servicios públicos con características de redes como energía y telecomunicaciones, y en otros sectores donde cierta vigilancia prudencial es requerida, como los servicios financieros”.*¹⁸ (traducción del autor)

Una de las principales razones por las que surgen los reguladores fue que los nuevos modelos tenían que ser creíbles,¹⁹ sobre todo considerando que el gobierno central (el regulador tradicional) parecía enfrentar límites para regular con éxito los sectores recién privatizados. En este sentido, “había una creciente percepción de los legisladores y hacedores de política pública de que ciertas industrias y actividades requerían una forma especial y continua de control. Se pensaba que esos campos demandaban el desarrollo de políticas y estrategias amplias, mismas que no podrían ser desarrolladas por unidades pequeñas operando caso por caso. Asimismo, se veía necesario combinar funciones de política pública, solución de controversias y administración que no podrían desarrollarse por un departamento gubernamental, dado que los departamentos podrían adolecer de independencia, o peor aún, estar políticamente motivados. Factores adicionales fueron el crecimiento de nuevas tecnologías y la mayor apreciación de problemas sociales complejos que demandaban a expertos.”²⁰

Una forma de responder a dichas circunstancias fue precisamente creando unidades gubernamentales especiales y dotadas de ciertos grados de autonomía, gracias a lo cual el

¹⁸OECD (2002), Regulatory Policies in OECD Countries, From Interventionism to Regulatory Governance, Reviews on Regulatory Reform.

¹⁹Sobre todo en los países de fuerte tradición estatista. La necesidad del regulador no fue percibida tan necesaria en los países nórdicos, Alemania y Holanda, con menos empresas públicas y una mayor tradición de autorregulación.

²⁰Baldwin, Robert & Cave, Martin (1999), Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice, Oxford University Press.

regulador podría ejercer sus atribuciones sin interferencia política y guiado por la técnica y especialización. La primer categoría de reguladores que aparecieron fueron los “reguladores económicos” (e.g. competencia y sectoriales) y le siguieron los “reguladores sociales” (e.g. protección del ambiente y del consumidor). Aunque algunos reguladores tenían antecedentes mucho más antiguos en el Reino Unido y Estados Unidos,²¹ en Europa y el resto del mundo comienzan a tomar primacía durante los años 80 y 90, de la mano con el proceso liberalizador.²²

Hoy día existe un gran consenso sobre la necesidad de contar con reguladores para ciertos sectores o industrias, en particular para los monopolios naturales anteriormente en manos del Estado y para sectores de alto impacto colectivo como las telecomunicaciones, servicios financieros, energía, transporte, propiedad intelectual y monopolios.²³ Las principales razones parecen obedecer a “fallas de gobierno” y a necesidades específicas tales como:

- Concentrar y desarrollar capacidad y conocimiento especializados en áreas y sectores específicos.

²¹Se ha señalado que la primer agencia independiente fue la “Patent Office” de 1787 en Estados Unidos. Pero la primera oleada en dicho país empieza con la “Interstate Commerce Commission” en 1887, que encontró como antecedente la Comisión Reguladora del Ferrocarril de Massachusetts. La Reserva Federal se creó en 1913 y la Ley Clayton de 1914 dio origen a la poderosa “Federal Trade Commission”. Ver: Ballbé, Manuel (2007), El Futuro del Derecho Administrativo en la Globalización: entre la Americanización y la Europeización, Revista de Administración Pública, No. 174, Madrid, España.

²²Los casos de éxito influyeron significativamente en la “nueva moda”. Por ejemplo, hubo muchos intentos en Europa de replicar a Oftel (ahora Ofcom), el regulador de telecomunicaciones del Reino Unido creado en 1984.

²³Por ejemplo, según datos de la OCDE, dentro de los 31 países que integran el organismo existen 37 reguladores financieros en 29 países, 28 reguladores energéticos para 29 países (Corea y Alemania las excepciones) y 32 reguladores de telecomunicaciones para 30 países (Japón la excepción). Prácticamente todos tienen reguladores en materia de competencia.

- Combinar diversas funciones materialmente legislativas, administrativas y judiciales, lo que resulta inapropiado para un departamento administrativo.
- Regular con cierta flexibilidad fenómenos complejos y dinámicos.
- Someter ciertas decisiones a procesos de mayor contenido institucional, a efecto de disminuir los riesgos de “captura regulatoria”²⁴ y elevar la calidad legal y económica de la regulación.
- Desconcentrar funciones administrativas de elevada complejidad que pueden entorpecer otros menesteres públicos.
- Dar mayor credibilidad a los compromisos de la agenda pública, en especial a los procesos de privatización y apertura.
- Contar con blindaje político mediante cierto distanciamiento o grado de autonomía respecto del gobierno central y fomentar la toma de decisiones mediante criterios estrictamente técnicos.
- Desarrollar políticas regulatorias comprensivas, estables y de largo plazo.

²⁴Se entiende por “captura regulatoria” el fenómeno que se suscita cuando la agencia o regulador, en lugar de actuar en favor del interés público, lo hace a favor de los grupos de interés que regula.

- Enviar la señal de que se toman acciones para atender ciertos asuntos sensibles de la agenda pública e inclusive mitigar el costo político de decisiones que afectan significativamente a ciertos grupos de interés (“blame-shifting”).

En términos generales, los beneficios de la privatización y apertura de mercados han sido mayores precisamente en aquellos sectores donde han prevalecido reguladores sólidos, lo que se logra a través de un buen diseño institucional aunado a un entorno jurídico saludable y funcional.

1.4 Conclusión del Capítulo Primero

La evolución de los sistemas económicos así como del rol de los gobiernos en las economías han derivado, entre otras cosas, en la presencia de reguladores autónomos, tanto para fines de regulación sectorial como horizontal. Dichos reguladores, bien diseñados, ofrecen mayores capacidades institucionales que la burocracia tradicional para responder de forma pronta y efectiva a fenómenos particularmente complejos y dinámicos, coadyuvando con ello al mejor funcionamiento de los mercados y a la consecución de una serie de objetivos de interés público.

CAPÍTULO SEGUNDO

Arreglos institucionales de los reguladores

Resumen Ejecutivo

Primeramente, el capítulo hace un recuento de los principios de una buena regulación, para después concentrarse en las mejores prácticas en cuanto al diseño institucional de los reguladores. Los arreglos particulares deben dotar al regulador de autonomía, capacidades y recursos suficientes, pero también establecer un balance entre la autonomía y rendición de cuentas así como la autonomía y la pertenencia a un gobierno central. Se expone que si bien los arreglos particulares llegan a ser muy diversos y mucho dependen del entorno político-jurídico-institucional de cada país, la literatura y evidencia señalan con claridad que un regulador debe, como mínimo, tener mandato claro y atribuciones suficientes, autonomía organizacional, recursos económicos y humanos y rendir cuentas a la sociedad. El capítulo explica cada uno de estos factores y señala los arreglos específicos que pueden utilizarse para conseguirlos, sin perder de vista que ninguno de éstos constituyen un fin en sí mismo, sino medios para un fin: que el regulador sea capaz de cumplir eficaz y eficientemente con el objetivo de política pública subyacente.

2.1 Principios de una buena regulación

Una vez identificado el problema y justificada la intervención gubernamental en la forma de regulación, sigue diseñar dicha regulación. De nada servirán arreglos institucionales adecuados del regulador si la regulación que aplicará es económica o legalmente defectuosa. Cuando las intervenciones regulatorias están mal motivadas, disfrazan un interés privado o van más allá del problema que pretenden atender, el resultado es sumamente nocivo. En este sentido, algunos elementos básicos de una buena regulación (frecuentemente insatisfechos, y en mayor medida en México) son los siguientes:²⁵

Que exista una base legal de la regulación.- Entre otros factores, la regulación debe ajustarse al marco constitucional, legal y/o internacional, ser implementada por una entidad con mandato legal, cumplir con el procedimiento para su formación y ser consistente con otras regulaciones. Para evitar abusos de discrecionalidad y favorecer la seguridad y certeza jurídicas, la naturaleza y límites de cualquier delegación deben ser claros.

Que la regulación sea proporcional, consistente y focalizada.- La regulación debe ser proporcional al riesgo o fin, guardar consistencia con otras regulaciones - locales o internacionales - y enfocarse en resolver el problema, evitando un efecto “escopeta”.

²⁵(i) OECD (1995), Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Action. (ii) OECD (2005), Principles for Regulatory Quality and Performance. (iii) UK Better Regulation Commission, Five Principles of Good Regulation.

Que la regulación tenga mecanismos adecuados de cumplimiento.- Las estrategias pueden incluir desde métodos de educación y persuasión hasta el monitoreo, ejecución y sanción. El medio de ejecución debe ser proporcional al riesgo y gravedad de la infracción. La ejecución debe ser consistente y enfocarse en las actividades que presenten un mayor riesgo.

2.2 Arreglos institucionales del regulador: factores básicos y mejores prácticas

Como hemos comentado anteriormente, la elección del regulador autónomo es la opción natural para ciertas áreas y sectores. Pero si bien todas las razones que justifican la presencia del regulador son válidas, al mismo tiempo existen una serie de preocupaciones que deben atenderse:

- La posible tensión derivada de la autonomía: las decisiones del regulador en un contexto regulatorio específico tendrían que ser compatibles con los objetivos más generales del gobierno o cuando menos con las decisiones de otros reguladores con responsabilidades similares o conexas.²⁶
- La concentración de funciones materialmente legislativas, administrativas y jurisdiccionales, lo que podría chocar con nociones tradicionales de derecho público.
- El hecho de que los reguladores son instituciones no representativas (integradas por funcionarios no electos) que,

²⁶Ogus, Anthony (2004), *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing.

a través de mandatos delegados, ejercen considerable poder e influencia sobre sectores e industrias de gran peso,²⁷ lo cual exige ciertos límites a la autonomía y mecanismos vigorosos de transparencia y rendición de cuentas.

- Riesgos de captura regulatoria derivados de asimetrías de información (i.e. el regulado tiene mayor información que el regulador), identificación con el sector, constante interacción con éste y hasta prospectivas futuras de trabajo.

Si bien el regulador es una práctica internacional, ello no quiere decir que su mera presencia garantice el éxito y favorezca el buen funcionamiento de los mercados; la realidad es que tanto los riesgos como beneficios son relativos y dependen de diversas variables. La eficiencia y efectividad del regulador están directamente vinculadas a sus arreglos institucionales y a las características del entorno del que forma parte. Un mal regulador, en el mejor de los casos, se convierte en figura ornamental, y en el peor, en un estorbo para el desarrollo de la industria o en razón de su retroceso.

Por las razones anteriores, toda actividad del regulador debe estar precedida por un fino trabajo de ingeniería enfocado en minimizar costos y riesgos y maximizar beneficios. Ciertamente no hay receta única: los arreglos institucionales llegan a ser muy diversos y mucho dependen del sistema jurídico-político-institucional de cada país. Sin embargo, de nuestro análisis - que incluye literatura,

²⁷Baldwin, Robert & McCrudden, Christopher (1987), *Regulation and Public Law*, Weidenfeld & Nicolson Ltd, London.

recomendaciones y mejores prácticas internacionales –²⁸ concluimos que un regulador debe evaluarse al menos frente a una serie de factores y características para que exista un balance entre la autonomía y la rendición de cuentas, sea integrante armónico de un gobierno y sobre todo, tenga la capacidad de cumplir con el objetivo de política pública para el que fue creado. Estos factores son: (i) mandato y atribuciones; (ii) autonomía; (iii) recursos económicos y humanos y (iv) rendición de cuentas. Actualmente existe una clara tendencia mundial para fortalecer los órganos reguladores alrededor de estos cuatro principios (desafortunadamente no extensiva a México).

2.2.1 Mandato y atribuciones

Mandato y atribuciones van de la mano pero son cosa distinta. El mandato se refiere a la misión del regulador, es decir, su objetivo de política pública subyacente, el cual debe ser claro,

²⁸Por ejemplo ver: (i) Sanford V. Berg (2009), *Characterizing Efficiency and Effectiveness of Regulatory Institutions*, University of Florida. (ii) ICT (2008), *Regulation Toolkit*, Module 6: Legal and Institutional Framework. (iii) López Ayllón, Sergio y Haddou Ruiz, Ali (2007), *Rendición de cuentas y diseño institucional de los órganos reguladores en México*, *Gestión y Política Pública*, Vol. XVI, No.1. (iv) APEC-OECD (2005), *Integrated Checklist on Regulatory Reform: A Policy Instrument for Regulatory Quality, Competition Policy and Market Openness*; (v) OECD (2005), *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*, *Proceedings of an Expert Meeting in London*; (vi) OECD (2005), *Principles for Regulatory Quality and Performance*. (vii) Gilardi, Fabrizio (2002), *Policy Credibility and Delegation to Independent Regulatory Agencies: A Comparative Empirical Analysis*, *Journal of European Public Policy*, vol.9, No. 6. (viii) Ocana, Carlos (2002), *Trends in the Management of Regulation: a Comparison of Energy Regulators in OECD Member Countries*, Energy Division IEA. (ix) OECD (2001), *Distributed Public Governance, Agencies Authorities and Other Autonomous Bodies*, Preliminary Draft. (x) OECD (2000), *Telecommunications Regulations: Institutional Structures and Responsibilities*, Working Party on Telecommunication and Information Services Policies. (xi) Larsen, Pederson, Sorensen & Olsen, *Independent Regulatory Authorities in Europe*, akf, Copenhagen.

explícito y contundente. Lo anterior exige cuando menos un mandato: (i) plasmado a nivel de ley; (ii) no fraccionado en diversos ordenamientos; (iii) priorizado respecto de otras funciones; así como (iv) simple y desprovisto de términos vagos o difusos.

Sin un mandato de esta naturaleza el regulador carece de claridad en cuanto a sus responsabilidades, lo que le resta efectividad y de cierta forma lo hace impune para rendir cuentas. En esta posición el regulador difícilmente podría promover su posición y gozar de la credibilidad y legitimidad necesarias. “Un mandato claro y definido fortalece la rendición de cuentas, pues sienta las bases sobre las cuales se debe medir su desempeño. Además, facilita el diseño e implementación de sus facultades y competencias para que pueda alcanzar con éxito sus objetivos. Por el contrario, un mandato múltiple contradictorio permite que el regulador lleve a cabo un arbitraje entre sus objetivos divergentes, lo que en esencia lo libera de su obligación de rendir cuentas. Además, es muy difícil para el regulador ejercer eficientemente sus facultades y competencias cuando sus objetivos no están debidamente priorizados o son potencialmente contradictorios”.²⁹

Por su parte, las atribuciones se refieren a las diversas “potestades concedidas por disposición legal”³⁰ al regulador para cumplir con su objetivo; de no tener facultades suficientes, el regulador no puede operar, lo que se traduce en una pésima opción de política pública (costos sin beneficios).

²⁹López Ayllón, Sergio (2007), *op. cit.*

³⁰Fernández Vázquez, Emilio (1981), *Diccionario de Derecho Público*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina.

Es importante señalar que las atribuciones de un regulador deben ir en sintonía con las de otros reguladores porque al final de cuentas, sus objetivos están correlacionados (lo que se aprecia de forma más clara entre el regulador de competencia y los diversos reguladores sectoriales).

Los reguladores, según sea el caso, pueden llegar a combinar funciones materialmente legislativas, administrativas y jurisdiccionales. Lo anterior, porque pueden emitir regulación secundaria, aplicar e interpretar la ley para efectos administrativos y dirimir controversias entre particulares (por ejemplo, al garantizar o forzar condiciones de acceso a infraestructura básica o de redes). De igual manera, el regulador puede llegar a requerir atribuciones de corte intragubernamental para regular otras entidades públicas o exigirles la entrega de información.

Sin perjuicio de que la combinación y número de atribuciones depende de la naturaleza de cada regulador, consideramos útil la siguiente clasificación que cubre no únicamente el ciclo regulatorio sino también funciones de política pública general:³¹

- **Poder de opinión/asesoría.-** Dar consejo no vinculante (y en algunos casos vinculante) al Ministerio, la Administración o al propio Ejecutivo sobre el tema que administra.
- **Poder de supervisión.-** Monitorear el cumplimiento de la regulación así como investigar y sancionar efectivamente a los infractores. Lo anterior implica contar con herramientas de investigación e inspección adecuadas - considerando las

³¹Jacobzone, Stéphane (2005), Independent Regulatory Authorities in OECD Countries: an overview, OECD Secretariat.

asimetrías de información entre el regulador y los regulados - y un poder de sanción que tenga efectos disuasivos sobre las conductas ilícitas.

- **Poder administrativo.-** Comprende el poder de emitir, renovar y revocar concesiones, licencias o permisos, fijar precios y/o aprobar contratos.
- **Poder adjudicatario.-** Poder de resolver conflictos y/o desacuerdos entre actores de una industria (típico de reguladores sectoriales en materia de energía y telecomunicaciones).
- **Poder legislativo.-** Poder de emitir normas administrativas generales dentro de los confines del mandato legal.

Los poderes, para considerarse efectivos, deben ser atribuciones directas y exclusivas. Debe existir total rompimiento del poder de instrucción y mando típicos de la estructura burocrática central, en otras palabras, que el mando superior del gobierno (incluyendo al propio Presidente o Primer Ministro) no pueda instruir el sentido de la resolución del regulador o revisar su contenido. De hecho, la mejor práctica indica que ninguna autoridad, fuera de los órganos jurisdiccionales, puede rechazar las decisiones del regulador.³² Inclusive los criterios de revisión judicial deben ser acotados y otorgar cierta “deferencia”, al ser el regulador quien posee el conocimiento especializado sobre el tema así como el mandato legal de ejercer a su discreción (aunque bajo ciertos parámetros) diversas opciones de política regulatoria.

³²En algunos países donde prevalecía ese sistema, la mejor práctica dictaba que la facultad fuera utilizada excepcionalmente. En Alemania, por ejemplo, el Ministerio de Economía utilizó su facultad para revertir una negativa de fusión sólo 7 veces entre 1973 y el 2000, la séptima en 1989.

2.2.2 Autonomía

La autonomía es el elemento definitorio del regulador ya que sin ésta difícilmente se lograría la especialización, flexibilidad, visión de largo plazo, efectividad regulatoria y ausencia de interferencia política. La autonomía parte de una delegación. Sostiene Mark Tatcher:

“...el marco de principal-agente está basado en una función de delegación (es decir, cálculos de los funcionarios electos actuando como principales de los beneficios y desventajas de la delegación)... la creación de agencias reguladoras en efecto responde a una lógica poderosa. Los políticos electos delegan para su propio beneficio para enfrentar problemas como la asimetría de información, asignación de responsabilidad (“blame-shifting”), compromiso y administración de temas complejos...”³³ (traducción del autor)

Sin embargo, los tiempos y necesidades actuales exigen que la delegación sea de tipo “fiduciaria”, no de “agencia”. Bajo la segunda modalidad, el Estado encomienda al agente (regulador) la realización de una tarea determinada: el Estado instruye y el agente reporta. Bajo la primer modalidad, en cambio, el Estado delega al fiduciario (regulador) la realización de una tarea y le señala para ello ciertos parámetros y objetivos; no obstante, la manera de alcanzar los fines no necesariamente tendrá que coincidir con las preferencias cortoplacistas del gobierno en turno.

³³Tatcher, Mark (2001), Delegation to Independent Regulatory Agencies in Western Europe, Paper presented at the 29th ECPR Joint Session of Workshop, Grenoble, France.

La delegación de facultades no equivale a una abdicación del gobierno, constituye meramente un mecanismo más efectivo para realizar ciertas tareas de la agenda administrativa; presupone además la pertenencia al gobierno y la sujeción a mecanismos de tutela, vigilancia y rendición de cuentas. Así también se mitigan los problemas de asimetrías de información de las actividades de los agentes frente a los principales.³⁴

Si bien una autonomía delegada sólida podría generar cierta tensión, sólo de esta forma el regulador es creíble.³⁵ Aunque pueda resultar tentador para un gobierno acrecentar su control sobre la economía y sus diversas variables, un liderazgo responsable tendría que estar convencido de las bondades que brindan las políticas de largo plazo en áreas y sectores críticos. En el Reino Unido los reguladores - que cuentan con una delegación máxima - gozan de una extraordinaria reputación.

La autonomía tiene varias dimensiones de naturaleza cumulativa: autonomía frente al gobierno, autonomía frente a los regulados y autonomía para la toma de decisiones, que se logran a través de arreglos organizacionales, mecanismos efectivos de rendición de cuentas y atribuciones suficientes. Para efectos de este apartado, nos concentraremos en la primera dimensión, es decir, la “autonomía organizacional”, que presupone una sana distancia del gobierno.

³⁴Para ver este tipo de problemáticas en teoría política ver McCubbins, Mathew D & Kiewiet, Roderick D (1991), The Logic of Delegation, Congressional Parties and The Appropriations Process, The University of Chicago Press.

³⁵Majone, G. (2002), Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity, European Law Journal, Vol.8, No.3.

³⁶Smith, W. (1997), Utility Regulators: The Independence Debate, Public Policy for the Private Sector, Note. 127, The World Bank Group, Finance, Private Sector and Infrastructure Network.

En este sentido, “la autoridad regulatoria tiene que ser una institución administrativa distinta del ejecutivo, independiente o interdependiente del ejecutivo en sus procedimientos y toma de decisiones.”³⁷

Las formas y nomenclaturas para dicha autonomía llegan a ser muy diversas pero serán válidas en la medida que el regulador, aunque integrante de la Administración o un Ministerio, tenga plena independencia para el dictado de sus resoluciones, las que además no deben ser revisables por las instancias gubernamentales. Pero los arreglos deben ir más allá: un regulador puede ser “capturado” por el gobierno por otras vías como la amenaza de remoción de sus mandos o el chantaje presupuestal.

El régimen de nombramientos es de vital importancia y debe tener un doble propósito: prever reglas “ex ante” que garanticen un perfil adecuado, así como reglas “ex post” que otorguen estabilidad laboral. Mayor autonomía se logra, entre otros, cuando los comisionados, miembros o titulares de los reguladores están sujetos a requisitos de diversa índole para garantizar su capacidad, independencia e imparcialidad,³⁸ propuestos por el mando máximo de la Administración (Presidente o Primer Ministro), ratificados por un cuerpo legislativo propuestos por el mando máximo de la Administración (Presidente o Primer Ministro),

³⁷World Forum on Energy Regulation (2003), Draft Guidelines for Energy Regulation and Regulatory Practice.

³⁸Por ejemplo, no haber trabajado previamente en industrias reguladas ni trabajar en éstas durante un período posterior. Asimismo, que para ser elegible el individuo satisfaga credenciales mínimas.

ratificados por un cuerpo legislativo³⁹ (o con otras variantes⁴⁰) y nombrados por períodos fijos (relativamente largos⁴¹) y escalonados que trascienden el gobierno en turno (la remoción sólo procedería por causas calificadas⁴²). Asimismo, la posibilidad de reelección podría servir como premio al buen desempeño. No sobra decir: deben favorecerse nombramientos técnicos sobre los políticos: el primero vive de su prestigio mientras que el segundo de agendas y coyunturas.

La evidencia es mezclada: en países como Inglaterra, Francia y Alemania los políticos electos han sido cautelosos en los nombramientos, mientras que en Italia existe una politización mayor.⁴³ Por su parte, mientras que en Francia los altos mandos están dominados por la élite tecnocrática, en el Reino Unido

³⁹La participación parlamentaria puede abonar a la legitimidad democrática del regulador. En lo práctico, puede constituir un contrapeso útil encaminado a favorecer nombramientos técnicos, ya que las audiencias y comparecencias parlamentarias respectivas representan una oportunidad para discutir en público las credenciales de los nominados. No obstante, por otro lado el proceso puede favorecer la negociación política. Las alternativas deben analizarse a la luz de la realidad y cultura institucional-política de cada país.

⁴⁰Por ejemplo, en Estados Unidos los nombramientos operan sobre bases bipartidistas. Para algunos reguladores cuyo órgano colegiado es de 5 integrantes, tres de ellos, incluyendo el Presidente, son nombrados por el partido en poder, mientras que los dos restantes por la oposición. Existen también nombramientos por voto calificado o mixtos. En Italia, el órgano regulador de las telecomunicaciones (AGCOM) tiene 9 miembros: el “Chair” es nombrado por el Presidente, 4 miembros por la Cámara de Diputados y los 4 restantes por el Senado.

⁴¹Datos de la OCDE señalan que en Europa, por ejemplo, oscilan entre 8 y 12 años para los órganos de telecomunicaciones, 7 a 10 años para los de energía y 9 a 14 para los de servicios financieros.

⁴²e.g. conflicto de interés, abuso de poder, causas “graves” o falta de cumplimiento de las responsabilidades oficiales. Otras causales incluyen el no atender un mínimo de tiempo o reuniones del órgano colegiado o inclusive cuestiones “morales” (reguladores de telecomunicaciones de Hungría, Jordania, Brasil, Sudán y Tanzania).

⁴³(i) Tatcher, Mark (2007), Regulatory Agencies, the States and the Markets: a Franco-British Comparison, EUI Working Papers, RSCAS 2007/17, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute. (ii) Tatcher, Mark (2005), Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe, from Gerardin, Munoz and Petit (eds), Regulatory Authorities in the EC: a New Paradigm for European Governance, Edward Elgar.

prevalecen los especialistas más calificados (*“the good and the great”*). En México, un estudio concluyó que los nombramientos en los reguladores de energía y telecomunicaciones muestran politización o al menos cierta afinidad hacia el partido político del Presidente en turno.⁴⁴

La forma de mando es también un arreglo específico muy relevante: la integración colegiada ofrece una buena alternativa para aislar a individuos de presiones externas y mitigar riesgos de interferencia política o de captura regulatoria. Además, como lo ha señalado previamente la OCDE, un enfoque colegiado permite se tengan discusiones internas previo a la decisión (muy relevante cuando surgen conflictos de interés), lo que refuerza las posibilidades de asegurar un proceso por la vía del derecho en la toma de decisiones y el aumento de la legitimidad e independencia de la agencia.⁴⁵ En el caso que los comisionados fueran ratificados por distintos partidos (producto de una negociación) el resultado no necesariamente sería malo, dado un posible equilibrio de intereses (siguiendo el principio de Madison de “contraponer intereses” para lograr las mejores políticas). En los hechos, el enfoque colegiado es la práctica generalizada para órganos de competencia y de regulación sectorial como energía y telecomunicaciones.⁴⁶

La autonomía organizacional presupone también control de presupuesto, contratación y organización interna. La primera puede

⁴⁴Hernández Arroyo, Federico (2007), La independencia de las agencias reguladoras en México, El caso de los sectores energético y de telecomunicaciones, Gestión y Política Pública, Vol. XVI, No. 1, México, D.F.

⁴⁵OCDE (2004), Revisiones de la OCDE sobre reforma regulatoria, Avances de la Implementación de México.

⁴⁶Por ejemplo, el 75% de los órganos reguladores de telecomunicaciones optan por esta figura. Fuente: 2005 Telecommunications Regulatory Survey, ITU.

lograrse mediante asignación directa del Presupuesto de Egresos, capital mínimo de operación fijado en ley o aprovechamiento directo de derechos y multas respecto de los servicios y funciones que presta el propio regulador.⁴⁷ La segunda, diferenciando las reglas de contratación respecto de la burocracia central a efecto de cubrir las necesidades de forma más flexible y ofrecer condiciones salariales competitivas (inclusive, que los salarios puedan fijarse libremente dentro del marco del presupuesto autorizado). La tercera, otorgando al regulador la capacidad de fijar y administrar su propia estructura.

2.2.2.1 ¿Independencia plena?

La autonomía es necesaria para evitar la interferencia política-burocrática y procurar la toma de decisiones autónoma, imparcial, objetiva y científica. Pero hasta ahí, la autonomía no debe significar una total ruptura con la Administración o el Poder Ejecutivo (lo que se logra mediante la autonomía constitucional). Tal y como es la práctica generalizada, los reguladores económicos deben formar parte del aparato administrativo (a excepción del banco central), caso contrario, a los órganos de derechos humanos o electorales, que desarrollan funciones eminentemente político-sociales.

La razón es sólida: el regulador económico forma parte de una red integrada por otros reguladores que persiguen fines comunes o conexos donde el punto de unión es precisamente su pertenencia a la Administración.

⁴⁷Aunque esta modalidad tiene sus riesgos al ofrecer incentivos perversos a los reguladores para incrementar sus recursos por esta vía.

Además, el Ejecutivo debe ser responsable en todo momento de las funciones administrativas (para lo cual es elegido entre otras cosas), independientemente de que algunos componentes de la Administración estén dotados de ciertos grados de autonomía. No menos trivial, la creación de órganos constitucionalmente independientes es sumamente onerosa, en particular para los países en vías de desarrollo. Aunque autónomo, el regulador que forma parte de la Administración queda sujeto a un conjunto de leyes y políticas de corte transversal así como a la tutela y vigilancia del Ejecutivo, lo que garantiza una unidad de acción a la que escapan los órganos constitucionalmente independientes.

En suma, este tipo de estructura debe ser la excepción, y no para funciones administrativas. Al final de cuentas, no debe sobredimensionarse el elemento de autonomía: el objetivo último del diseño institucional no es lograr el mayor grado de autonomía posible sino un regulador efectivo y eficiente.

2.2.3 Recursos humanos y materiales

Para cumplir con sus funciones, el regulador requiere de una plantilla laboral suficiente que comprenda un mínimo de funcionarios de confianza de la más alta calidad profesional. Entre los elementos positivos cabe mencionar un atractivo sistema de remuneraciones, exigencia de requerimientos académicos y de experiencia mínimos (para ciertos puestos), un sistema interno que fomente un servicio civil de carrera, cursos de inducción y actualización del más alto nivel, participación (y aprovechamiento) en foros internacionales donde se comparta conocimiento y experiencias y una combinación de perfiles

público-privado (cuidando en todo momento la ausencia de conflictos de interés). Es también importante implementar un sistema de evaluación de personal.⁴⁸

Por su parte, los recursos económicos son indispensables para (además de pagar los sueldos) dotar al regulador de una infraestructura de trabajo así como de capacidades de capacitación, investigación, monitoreo, análisis e interacción nacional e internacional. Además, un regulador bien equipado tendrá una mayor capacidad para atraer y retener talento.

2.2.4 Rendición de cuentas

A diferencia de la autonomía, la rendición de cuentas no constituye un elemento definitorio del regulador, sino más bien un contrapeso. Como hemos expuesto, los reguladores son instituciones no representativas con fuertes poderes y gran influencia sobre sectores de interés colectivo. En consecuencia, los reguladores deben contar con arreglos que, entre otros: (i) aseguren que el interés privado quede subordinado al interés público; (ii) lo doten de credibilidad y legitimidad; (iii) lo obliguen a justificar sus decisiones más allá de lo legal; y (iv) lo obliguen a establecer parámetros de actuación que permitan hacer juicios efectivos sobre su labor.

La rendición de cuentas tiene dos dimensiones: la rendición de cuentas en sentido estricto (“answerability”), es decir, la

⁴⁸Valdría la pena analizar el sistema de servicio civil del Banco de México, que se ha caracterizado a través de los años en formar continuamente a economistas sólidos.

obligación de informar y justificar las decisiones en público (someter la decisión al “imperio de la razón”); y los diversos controles legales que regulan el ejercicio de las facultades (someter la decisión al “imperio de la ley”).⁴⁹ Existen varios niveles de rendición de cuentas y el regulador debe estar inserto en una red de esquemas horizontales o verticales, formales e informales.

Respecto de la primera dimensión la transparencia juega un rol fundamental. Los mecanismos para justificar las decisiones incluyen: la publicidad de las decisiones, criterios y razonamientos, la publicidad de las reuniones del órgano colegiado (en su caso), el establecimiento “ex ante” de metas y parámetros visibles, objetivos y/o cuantificables, reportes periódicos (anuales y de menor periodicidad), procesos transversales de mejora regulatoria, relación con otros actores (e.g. Congreso,⁵⁰ otros reguladores, consejos consultivos o academia) y labores activas preventivas y de difusión. El uso intensivo de medios electrónicos resulta sumamente útil sobre todo para propósitos de transparencia.⁵¹

La autonomía y la rendición de cuentas tienen una interesante interacción: la última puede tanto hacer peligrar como fortalecer la primera. Por una parte, la presión externa no debe cruzar el umbral a partir del cual el regulador pierda su autonomía. Pero por la otra, la rendición de cuentas presiona al regulador a justificar sus decisiones, lo que mitiga el riesgo de

⁴⁹López Ayllón, Sergio (2007), op. cit.

⁵⁰La relación con el Congreso como medio de rendición de cuentas es relativo. Así como algunas legislaturas cuentan con importantes servicios de apoyo técnico, otras están pobremente equipadas. Asimismo, mientras que en algunos países el diálogo se desarrolla sobre bases técnicas y con ánimo constructivo, en otros el diálogo se politiza. Los efectos indirectos son importantes: el mero debate público representa un gran beneficio en la medida que ofrece información directa a la ciudadanía.

⁵¹En particular, una página de Internet bien diseñada permite a los ciudadanos un fácil acceso a decisiones y documentos relevantes.

“captura regulatoria”. Es sólo cuestión de lograr el balance adecuado, para lo cual habrá que tomar en cuenta la naturaleza del sector y el entorno institucional. La figura del regulador ha parecido lograr este balance en muchas partes del mundo. Señala la OCDE:

“Reguladores especializados y autónomos han creado importantes pesos y contrapesos frente a los intereses de los ministerios y grupos de interés. Tienden a producir decisiones regulatorias más rápidas y de mayor calidad y pueden caracterizarse por tener operaciones más transparentes y sujetas a la rendición de cuentas vis-à-vis comparado con los ministerios...” (traducción del autor)⁵²

Por último, cabe señalar que la cultura regulatoria general juega un rol crucial: los mecanismos de transparencia y rendición de cuentas son contingentes un público-ciudadano informado, activo, crítico y constructivo.

2.3 Arreglos horizontales

La concurrencia de atribuciones en materia de competencia entre los órganos antimonopolios y los reguladores sectoriales ha provocado no pocos problemas de coordinación que incluso han llegado a poner en entredicho, en muchos países del mundo, la unidad del sistema de competencia.⁵³

⁵²OCDE (2002), op.cit.

⁵³Bacigalupo Saggese, Mariano (2007), La Coordinación de la Comisión Nacional de Competencia con los Reguladores Sectoriales en la Nueva Ley de Defensa de la Competencia, Revista de la Administración Pública, No. 174, Madrid, España.

Por ello, es conveniente institucionalizar mecanismos de coordinación y cooperación entre los distintos reguladores. El Artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia de España ofrece un referente interesante en este sentido.⁵⁴ Es importante recordar que las fallas de coordinación se traducen en fallas de gobierno de altísimo costo.

2.4. Conclusiones del Capítulo Segundo

El diseño institucional óptimo de un regulador es variable y depende del entorno específico. No obstante, como mínimo, todo regulador debe evaluarse frente a cuatro elementos básicos y a la vez definitorios: (i) mandato y atribuciones, (ii) autonomía; (iii) recursos humanos y materiales; y (iv) mecanismos de rendición de cuentas. Dichos elementos a su vez, se cristalizan mediante arreglos institucionales específicos, algunos de los cuales deben estar plasmados forzosamente en la ley. El diseño institucional del regulador debe guardar siempre un equilibrio y balance entre los diversos elementos y buscar ante todo la consecución eficaz y eficiente de los objetivos de política pública subyacentes.

⁵⁴Prevé la obligación para: (i) que los reguladores cooperen entre sí; (ii) que un regulador transmita a otro, por oficio o a petición, información sobre sus actuaciones y dictámenes; (iii) que un regulador ponga en conocimiento de otro posibles actos ilícitos que caigan en la esfera de competencia del último; (iv) que la Comisión de Competencia emita opinión antes de que otro regulador emita normas generales; y (v) que los reguladores se reúnan anualmente para analizar las orientaciones generales de cada uno y establecer mecanismos formales e informales de coordinación.

CAPÍTULO TERCERO

Arreglos institucionales de los reguladores en México

Resumen Ejecutivo

El presente capítulo explica brevemente los antecedentes del proceso privatizador en México y la consiguiente aparición de los diversos reguladores económicos, casi todos en la forma de órganos desconcentrados y algunos otros como organismos descentralizados de la Administración Pública Federal. Se explica que los reguladores fueron mal diseñados desde su origen, aunado al hecho de que fueron insertados en un sistema legal rígido y estricto, poco compatible con su naturaleza. Se advierte que a la fecha, casi todos los reguladores permanecen con carencias importantes a la luz de una economía altamente concentrada y distorsionada, lo que ha hecho difícil, y en algunos casos imposible, corregir las fallas de mercado correspondientes o cristalizar los objetivos de política pública para los que fueron creados. El capítulo toma cuatro reguladores, la CFC, COFEMER, CRE y COFETEL y los evalúa frente a los factores definidos en el capítulo anterior (mandato y atribuciones, autonomía, recursos y rendición de cuentas) con el objetivo de identificar áreas de oportunidad específicas en materia de reforma institucional.

3.1 Antecedentes

México abandonó el sistema de industrialización sustitutiva de importaciones en la década de los 80 por el del “crecimiento hacia afuera”. Este último giró alrededor de tres ejes fundamentales (bajo el marco conceptual del “Consenso de Washington”⁵⁵ y el “thatcherismo”): apertura comercial, apertura de la cuenta de capitales y privatización de empresas públicas.

Para el caso de México, mientras que en 1983 el Gobierno Federal administraba 1,155 empresas que participaban en 63 (de 73) ramas económicas, en 1988 el número descendió a 252. Del total de empresas públicas, una tercera parte fue privatizada y casi la mitad extinguidas o liquidadas. Aunque el programa comenzó en 1982, las privatizaciones más importantes sucedieron entre 1989 y 1995, periodo en el que se privatizaron empresas de fuerte poder de mercado y gran rentabilidad, en particular la industria siderúrgica, la banca, la aviación, la minería, los ferrocarriles, las telecomunicaciones, así como los puertos, carreteras y aeropuertos.⁵⁶

Al igual que lo sucedido en otras partes del mundo, las privatizaciones empoderaron a la iniciativa privada y exigieron nuevos esquemas de control.

⁵⁵Decálogo de políticas que reflejaban el “consenso” de los organismos financieros internacionales y centros económicos con sede en Washington sobre la manera en que los países de América Latina debían sustituir y perfilar sus modelos al crecimiento. Elaborado originalmente por el economista John Williamson (“What Washington Means by Policy Reform”).

⁵⁶Clavijo, Fernando y Valdivieso, Susana (2000), Reformas Estructurales y Política Macroeconómica de México: el Caso de México 1982-1999, ECLAC, Serie Reformas Económicas.

Por ello, los reguladores no toman preeminencia sino hasta la década de los 90, junto con, o poco después de las privatizaciones. De esta forma, nacieron por ministerio de ley diversos reguladores horizontales y sectoriales cuya mayoría adoptaron la forma legal de órganos desconcentrados y otros menos, de organismos descentralizados, adscritos o sectorizados respectivamente, en las 4 dependencias económicas más importantes de la Administración Pública Federal.⁵⁷

Adscrito a:	Regulador Órganos Desconcentrados (Gobierno Central)	Año de creación
SE	Comisión Federal de Competencia (CFC)	1993
	Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER)	2000
SENER	Comisión Reguladora de Energía (CRE)	1993
SCT	Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL)	1996
SHCP	Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV)	1995
	Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF)	1992
	Comisión Nacional del Sistema del Ahorro para el Retiro (CONSAR)	1994

⁵⁷Las dependencias citadas tienen otros órganos desconcentrados, pero enfocados a labores de promoción o política pública, más que a funciones regulatorias. Tal es el caso, por ejemplo, de la Coordinación General del Programa Nacional de Apoyo a las Empresas de Solidaridad, adscrita a SE, la Comisión de Hidrocarburos, la Comisión Nacional de Seguridad Nuclear y Salvaguardas y la Comisión Nacional para el Uso Eficiente de la Energía, adscritas a SENER. Asimismo, existe un importante número de organismos descentralizados, tanto sectorizados como no sectorizados, que cumplen funciones netamente empresariales, de promoción o asistencia social; algunos ejercen funciones regulatorias pero sólo como medio subsidiario (e.g. IMSS o INFONAVIT).

Sectorizado en:	Regulador Organismos Descentralizados Sectorizados (Paraestatal) ⁵⁸	Año de creación
SE	Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI)	1993
	Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO)	1976
	Centro Nacional de Metrología (CENAM)	1992
SHCP	Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF)	1999
	Sistema de Enajenación de Bienes (SAE)	2002
	Instituto de Protección del Ahorro Bancario (IPAB)	1999

Regulador Organismos Descentralizados No Sectorizados (Paraestatal) ⁵⁹	Año de creación
Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI)	2002
Procuraduría de la Defensa del Contribuyente	2006

Sin embargo, en este proceso privatizador, México padece de varios males de origen. Uno tuvo que ver con los procesos de asignación: opacidad procedimental, condiciones de mercado deficientes y visión recaudatoria sobre la eficiencia.

⁵⁸Relación de entidades paraestatales de la Administración Pública Federal sujetas a la Ley Federal de las Entidades Paraestatales y su Reglamento, SHCP, DOF, 14 de agosto de 2009.
⁵⁹Idem.

El otro, está relacionado con los arreglos institucionales subyacentes: los nuevos esquemas regulatorios fueron deficientes y las autoridades encargadas de su ejecución, se mostraron notoriamente débiles frente a los regulados.

Es cierto que las empresas públicas pueden significar un estorbo significativo para el desarrollo. En el caso de México, para inicios de la década de los 80, casi todas representaban un juego de perder-perder: costo fiscal para el Estado sin beneficios a cambio (fuera de las fuentes de empleo que representaban, aunque un porcentaje importante estaba sostenido de forma artificial). Pero la premisa no debe generalizarse ni verse en abstracto. Puede haber (y las hay) empresas públicas muy exitosas. Asimismo, los beneficios asociados a la transferencia de empresas públicas a la iniciativa privada están supeditados a las variables institucionales. Ese es precisamente el hallazgo de algunos autores en el contexto de América Latina:

“... Los principales casos de fracaso se explican por tres razones: Primero, procesos opacos con un fuerte involucramiento del Estado abren la puerta a la corrupción y oportunismo. Segundo, un pobre diseño contractual y la captura regulatoria están ligados a la falta de desregulación e inadecuada re-regulación. Tercero, las instituciones de gobierno corporativo deficientes aumentan el costo de capital, destruyen esfuerzos de reestructura y pueden arrojar a las firmas de regreso a las manos del Estado...”⁶⁰ (traducción del autor)

⁶⁰Alberto, Chong y López-de-Silanes, Florencio (2004), Privatization in Latin America: What Does Evidence Say?, Project Muse.

Rusia es el mejor ejemplo de cómo un proceso de privatización mal llevado a cabo puede convertirse en una oligarquía con nefastas consecuencias económicas.⁶¹ Por su parte, Chile y Costa Rica ofrecen casos interesantes de éxito. En México los resultados han sido mezclados, aunque rayando en lo mediocre. A pesar de que hubo altos aumentos en la rentabilidad de ciertas empresas después de haber sido privatizadas,⁶² el resultado a nivel general es desalentador, máxime a la luz de los objetivos planteados.

El programa de privatizaciones básicamente buscaba: (i) fortalecer las finanzas públicas; (ii) canalizar adecuadamente los escasos recursos del sector público hacia las áreas estratégicas y prioritarias; (iii) eliminar gastos y subsidios no justificables desde el punto de vista social y económico; (iv) promover la productividad de la economía, transfiriendo parte de esta tarea al sector privado; y (v) mejorar la eficiencia del sector público, disminuyendo el tamaño de su estructura.⁶³ La realidad indisputable es que la economía mexicana sigue siendo alarmantemente improductiva y poco competitiva, plagada de mercados monopólicos o altamente concentrados; por su parte, la capacidad fiscal del Estado es precaria y su estructura burocrática sigue siendo gigantesca. Algunas de las privatizaciones (teléfonos y bancos por ejemplo) no fueron motivadas por criterios de eficiencia y competencia sino meramente de recaudación, lo que resultó sumamente oneroso en el largo plazo.

⁶¹Stiglitz, Joseph (2002), *Globalization and its Discontents*, Norton & Co., New York.

⁶²La Porta, Rafael y López-de-Silanes, Florencio (1997), *The Benefits of Privatization, Evidence from Mexico, Public Policy for the Private Sector*, No. 117.

⁶³Rogozinski Jacques (1993), *La privatización de las empresas públicas*, FCE.

3.2 Estudio de reguladores económicos

Todos los reguladores en México, sin excepción alguna, tienen carencias importantes (si bien unos más que otros). No es tarea del presente estudio hacer un análisis exhaustivo de cada regulador, sino meramente contrastarlos frente a los factores mínimos que un sano regulador debe reunir, mismos que han sido abordados en el capítulo anterior: (1) mandato y atribuciones, (2) autonomía, (3) recursos humanos y materiales y (3) rendición de cuentas. Como se observará, algunas carencias son claras, otras inclusive burdas.

3.2.1 CFC

La CFC fue creada a través de la LFCE de 1993, con el objeto de “prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones”. El regulador aplica básicamente dos tipos de regulación: la primera, de tipo “ex ante”, implica la aprobación de concentraciones de posibles efectos anticompetitivos; la segunda, de tipo “ex post”, concierne la investigación y sanción de prácticas monopólicas absolutas o relativas. Mientras que la competencia es una disciplina jurídica y de política pública añeja en otros países, para México es un campo relativamente nuevo (inclusive culturalmente hablando).⁶⁴

Aunque dotado de atribuciones importantes desde su origen, la CFC tuvo poca actividad,⁶⁵ no por falta de infracciones - México

⁶⁴No obstante la Constitución Política, en su artículo 28, contiene disposiciones en materia de competencia que datan desde 1917.

⁶⁵Durante el periodo de 1993-95 únicamente se presentaron 34 quejas, la mayoría de ellas rechazados por falta de méritos o cuestiones procesales. Asimismo, de las 16 investigaciones iniciadas, sólo 6 concluyeron con una determinación de sanción.

se caracteriza desde hace mucho por sus precarias condiciones de competencia - sino por la falta de experiencia tanto del regulador aunado como al propio desconocimiento de los particulares. Poco a poco la CFC comenzó a tomar mayor preeminencia, sobre todo luego de haberse visto fortalecida mediante reformas a la LFCE en 2006.

Las atribuciones “ex ante” no han representado mayor problema: prácticamente todas las concentraciones han sido aprobadas⁶⁶ y, ante los casos de excepción, el particular tiene márgenes de maniobra limitados.⁶⁷ De hecho, podría considerarse que la CFC revisa por ley un número elevado de transacciones que no presentan riesgos a la competencia y en cambio desvían recursos de la institución que podrían canalizarse a mejores fines. Por el contrario, ha sido muy problemático para el regulador ejercitar efectivamente las atribuciones “ex post”: la CFC investiga muy poco⁶⁸ (casi nada de oficio) y, cuando lo hace, cuenta con escasas herramientas jurídicas y materiales para tal efecto.

⁶⁶Desde su creación en 1993, la CFC ha revisado 3,149 concentraciones, de las cuáles sólo 25 han sido rechazadas (lo que representa el 0.79%) y 88 condicionadas (lo que representa el 2.79%). De 182 concentraciones revisadas en 2008, ninguna fue rechazada o condicionada. Fuente: Informe CFC 2008.

⁶⁷La autorización es una condición para la realización de la transacción. De anularse la resolución negativa (un tribunal judicial no podría ordenar otra cosa) el regulador quedaría en libertad de emitir una nueva negativa, aunque probablemente bajo ciertos lineamientos impuestos. Cabe señalar que una concentración podría materializarse sin pasar por la aprobación forzosa de la CFC, sin que el regulador pueda decretar la nulidad de la operación, lo cual sería labor de un tribunal judicial.

⁶⁸Por ejemplo, durante 2008 las autoridades antimonopolio de Rusia, Sudáfrica, Finlandia, Brasil, Alemania, Polonia, Eslovaquia y la Comisión Europea iniciaron, respectivamente, 1639, 147, 147, 82, 74, 63, 60 y 58 investigaciones de abuso de dominancia. En México fueron sólo 4. En el mismo año, Rusia, Finlandia, la Comisión Europea, Brasil, Sudáfrica, Polonia, Alemania y Chile cerraron, respectivamente, 1639, 140, 111, 116, 116, 84, 79 y 56 casos. México cerró sólo 1. Fuente: Global Competition Review 2009. En toda su historia la CFC ha cerrado 188 investigaciones por denuncia (con 82 sanciones y/o recomendaciones) y 85 investigaciones por oficio (con 69 sanciones y/o recomendaciones). Se aprecia una tendencia decreciente, particularmente para el caso de investigaciones de oficio, ya que el período de 2004-2008 la CFC cerró solamente 12 investigaciones (con 7 sanciones y/o recomendaciones). Fuente: Informe CFC 2008.

Aunque la CFC ha sido muy activa al señalar (correctamente) que el monto de las sanciones que puede imponer es muy bajo acorde a la práctica internacional, (públicamente parece ser la prioridad de reforma) nada se conseguirá con multas más altas sin reforzadas capacidades de investigación. “Las investigaciones realizadas desde la década de los 70 en materia de derecho y economía han demostrado, una y otra vez, que si las multas, por altas que éstas sean, no están acompañadas por una expectativa razonable de procesamiento –es decir, de imposición efectiva de esas sanciones-, no servirán para abatir las conductas ilegales”.⁶⁹

Al día de hoy, no existe incentivo suficiente para que un agente económico cese las prácticas monopólicas (excesivamente rentables) por dos motivos: el monto de la sanción es muy bajo y la probabilidad de procesamiento efectivo es inclusive menor.⁷⁰

⁶⁹Torres López, Juan (1987). *Análisis Económico del Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid. Tomado de Frías, Víctor (2009), *Propuesta de Cambio*, Red Mexicana de Competencia y Regulación, CIDAC, México.

⁷⁰Por ejemplo, las autoridades antimonopolio de la Comisión Europea, Francia, Estados Unidos, Alemania, Reino Unido, Corea, Austria y Japón han impuesto multas por 2300, 631, 522.8, 313.7, 214, 112, 77.4 y 62.4 millones de dólares. Fuente: Global Competition Review 2009. En México, la multa más alta impuesta ha sido de 400 millones de pesos (aunque sigue en litigio). Desde 1993 a 2008 la CFC ha impuesto multas por 1,286 millones de pesos, de los cuales sólo han sido efectivamente pagados 160.5 millones (lo que equivale al 12.48%). Fuente: Informes Anuales CFC 2004-08. Cabe señalar que una parte importante de las multas impuestas, y casi todo el de las pagadas, deriva de notificaciones extemporáneas, donde el agente paga voluntariamente la multa. Anteriormente las multas se cobraban por medio de las autoridades locales, lo que dificultaba el cobro efectivo. Ahora, tiene carácter de crédito fiscal y el cobro se realiza por conducto del SAT.

A veces simplemente conviene delinquir con todo y la multa impuesta.⁷¹ En otros países la situación es justamente la contraria: en ciertos casos, al saberse investigados, los agentes prefieren flexibilizar o cesar sus prácticas antes de enfrentar procedimientos y acusaciones del cuerpo antimonopolios. Es menester entonces, hacer un doble reforzamiento simultáneo: mayores multas conjuntamente con mayores capacidades de investigación (lo que abarca tanto facultades como recursos económicos y materiales).

Los montos máximos de sanción son notoriamente bajos: de conformidad con la LFCE la multa más alta asciende a 86.19 millones de pesos por prácticas monopólicas absolutas y a 51.71 millones de pesos por prácticas monopólicas relativas o concentraciones prohibidas.⁷² En contraste, las multas aplicadas por cuerpos antimonopolios de otros países son dramáticamente más altas.⁷³ Para que la multa tenga un real efecto disuasivo las mejores prácticas indican que ésta debe establecerse de un

⁷¹El 23 febrero de 2009 el Pleno de la CFC resolvió sancionar a seis laboratorios farmacéuticos, con 21.5 millones de pesos a cada uno, por prácticas monopólicas absolutas en la venta de medicamentos al IMSS. La CFC determinó que las empresas se coludían y alternaban para ganar licitaciones con cotizaciones artificialmente altas. No obstante, los datos del caso indican que la ganancia obtenida por las empresas mucho mayor a la multa impuesta, habida cuenta que el IMSS pagó un sobreprecio de 30% (un presunto daño de 506 millones). Otro ejemplo con resultados similares fue la multa impuesta a Coca-Cola en 2005 y su grupo de embotelladoras por la realización de prácticas monopólicas relativas, donde la multa impuesta (10.5 millones a cada una de las empresas involucradas) fue mucho menor que los beneficios obtenidos por las exclusividades ilegales. En ambos casos se aplicaron las multas máximas conforme a la ley previa a las reformas de 2006.

⁷² 1,500,000 y 900,000 veces, respectivamente, el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, que a partir del 1 de enero de 2010 es de 57.46 pesos.

⁷³La multa máxima que puede imponer la Unión Europea asciende al 10% de las ventas a nivel mundial; en Estados Unidos 100 millones de dólares, o el doble de las ganancias ilícitas o del daño de las víctimas, la que resulte menor; en Brasil el 30% de las ventas anuales; en Canadá el 20% de las ventas anuales. Ver Ibarra, Luis Alberto (2009), Las Regulaciones para la Competencia, Foro sobre la Reforma Regulatoria, Secretaría de Economía-OCDE.

porcentaje de las ventas o activos totales del agente,⁷⁴ tal y como lo establece la propia LFCE para el caso de reincidencia.⁷⁵ Ante una posibilidad de reforma en este sentido, los grupos de interés del sector privado han cabildeado vigorosamente para evitarla, cosa que al momento han logrado.

Para reforzar las labores de investigación, dos temas deben atenderse. Primero, establecer la posibilidad de realizar, como es práctica en otros países, visitas de verificación sorpresa (“*dawn raids*”),⁷⁶ posibilidad no admitida por nuestro sistema jurídico. Resulta absurdo notificar previamente al agente investigado sobre la realización de una visita de verificación y otorgarle la posibilidad de alterar o eliminar cualquier evidencia que lo pueda incriminar. Segundo, establecer la posibilidad de que el regulador ordene medidas precautorias a efecto de impedir que una práctica ilegal siga su curso, en tanto está siendo investigada. Otros temas que han sido señalados y que vale la pena explorar, son el fortalecimiento del programa de inmunidad, la ampliación de los plazos de prescripción y la posibilidad de acciones colectivas e individuales para recuperar daños.⁷⁷

Otro punto debatido consiste en la tipificación de ciertas prácticas monopólicas como conductas delictivas. Si bien dicha

⁷⁴En la Cámara de Diputados se ha discutido la posibilidad de ligar el porcentaje al “mercado relevante”, lo que restringiría la sanción al ámbito estricto del bien o producto en cuestión. El esquema, que no constituye práctica internacional, privaría a la sanción cualquier efecto disuasivo. Además, complicaría de sobremanera el cálculo de la sanción.

⁷⁵En caso de reincidencia, se podrá imponer una multa hasta por el doble de la que corresponda, o hasta por el diez por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior, o hasta por el diez por ciento del valor de los activos del infractor, cualquiera que resulte más alta”. Ver artículo 35 de la LFCE.

⁷⁶Por ejemplo, las autoridades antimonopolio de Rusia, Brasil, Comisión Europea, Italia, Corea y España han emprendido 385, 93, 80, 71, 39 y 29 visitas sorpresa. Fuente: Global Competition Review 2009.

⁷⁷Frias, Víctor M. (2009), op.cit.

medida encuentra respaldo en la práctica de algunos países,⁷⁸ no existe evidencia sólida (fuera de experiencias individuales) sobre sus efectos disuasivos. Pero el argumento más importante es uno de tipo práctico que considera las características particulares del entorno institucional mexicano: las sanciones penales deben presuponer un eficaz sistema de ejecución y sanción administrativo aunado a un sólido sistema de justicia penal (ambos ausentes).

Por último, cabe señalar que los mecanismos de coordinación entre la CFC y los reguladores sectoriales no son necesariamente los óptimos (son notorios, por ejemplo, los desacuerdos y mala comunicación entre la CFC y la COFETEL). La CFC, antes que cualquier otro regulador, debe asegurarse de tener una efectiva coordinación con los demás reguladores. Esto ya lo había señalado la OCDE en los siguientes términos:

“La relación, formal e informal, entre las autoridades de competencia y los reguladores sectoriales es central para determinar la forma en que los principios competitivos se aplican a la economía. Una visión compartida de política sobre cómo asegurar la consistencia y el acuerdo sobre qué hacer, cumple la finalidad de contar con un marco regulador eficiente y coherente a largo plazo. Los procesos de la coordinación formal pueden tener una función importante, en donde se requieran mejorar las relaciones. Las evaluaciones pasadas han identificado la falta de coordinación entre los reguladores sectoriales y la CFC, como una cuestión que es necesario tratar en México.”⁷⁹

⁷⁸Por ejemplo, Italia, Japón, Polonia, Rumania, Inglaterra, Irlanda y Estados Unidos.

⁷⁹OCDE (2004), op. cit.

El fortalecimiento de la CFC debe verse como una prioridad para corregir uno de los principales males de la economía mexicana: excesiva concentración y falta de competencia en sectores clave (en especial en los sectores de transporte, telecomunicaciones, servicios financieros y energía).

Como se observa en la siguiente tabla, la CFC, entre otros:

- Tiene mandato y atribuciones adecuadas, aunque requiere de mayores facultades de investigación y sanción para ejercerlas de manera más efectiva;
- Goza de una buena autonomía, aunque podría ser fortalecida en los rubros presupuestal y laboral;
- Tiene recursos y tamaño modestos según lo que se observa en otros países;⁸⁰ y
- No se ajusta a buenas prácticas en materia de transparencia y rendición de cuentas, en particular por la falta de publicidad de criterios y razonamientos, publicidad de las reuniones del pleno y falta de parámetros y/o metas para evaluar su efectividad como regulador.

⁸⁰Lo cual advierte de las diversas tablas del Global Competition Review 2009.

**Matriz 1: Arreglos Institucionales de la CFC
Fundamento en la LFCE (artículo)**

Mandato			
Mandato legal claro y explícito	SI ⁸¹	23	
Atribuciones			
Poder de opinión	SI	24 F VI-XI , XVII-XVIII	
Poder de supervisión	Monitoreo de cumplimiento	SI	24 I-II
	Imposición multas	SI 1	24 IV y 35
	Suficiencia de multas	NO ⁸²	
Poder administrativo	SI	24 IV-V, XVI	
Poder adjudicatario	NA ⁸³		
Poder legislativo	NO		
¿Quién decide el recurso de revisión administrativa?	Pleno CFC	39	

⁸¹“...prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, en los términos de esta ley...”.

⁸²La práctica internacional dicta que la multa debe establecerse a través de un porcentaje de las ventas totales del infractor.

⁸³Los órganos antimonopolios no dirimen controversias entre particulares.

Autonomía organizacional			
a. Régimen legal			
Forma legal	Desconcentrado		
Adscrito a:	SE		
b. Integración de mando			
Integración de mando	Colegiada	25	
c. Régimen de nombramientos			
Requisitos	Credenciales, experiencia y conocimientos en el sector o área	SI	26
	Falta de afiliación o falta de intereses personales en la industria o sus asociaciones	NA ⁸⁴	
	Prohibición de otro trabajo o comisión durante el encargo	SI ⁸⁵	26
	Prohibición de haber laborado en la industria o sus asociaciones durante un período previo	NA ⁸⁶	
	Prohibición laborar en la industria o sus asociaciones durante un período posterior	NA ⁸⁷	
Lo propone/nombra el Ejecutivo Federal	SI	26	
Participa el Legislativo en el nombramiento	NO ⁸⁸		
El nombramiento es por tiempo determinado	SI ⁸⁹	27	
El nombramiento es escalonado	SI	Transitorio Seg.	
El nombramiento trasciende el gobierno en turno	SI	Transitorio Seg.	
Remoción calificada	SI ⁹⁰	27	
Se prevé renovación de nombramiento	NO	27	

⁸⁴No aplica por no tratarse de un órgano de regulación sectorial.

⁸⁵Con excepción de cargos docentes

⁸⁶No aplica por no tratarse de un órgano de regulación sectorial.

⁸⁷Idem. Aplica norma general de conflicto de interés de un año prevista en los artículos 8 fracción XII y 9 Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

⁸⁸La SCJN declaró inconstitucional el requisito de no objeción senatorial contenido en el artículo 26 de la LFCE.

⁸⁹10 años.

⁹⁰Causa grave debidamente justificada.

d.Control Administrativo	
Presupuestal	NO ⁹¹
Laboral (contratación y remuneraciones)	NO ⁹²
Organizacional	Medio ⁹³
Recursos Humanos	
Plantilla laboral según práctica internacional	NO ⁹⁴
Mezcla de perfiles público-privado	NO ⁹⁵
Programas de capacitación de alto nivel sobre la materia (inductivos y de actualización)	Medio ⁹⁶
Participación en foros internacionales ⁹⁷	SI
Recursos Materiales	
Presupuesto según práctica internacional	NO

Transparencia y rendición de cuentas		
Publicidad de resoluciones	SI ⁹⁸	
Publicidad de criterios y razonamientos	NO	
Publicidad de reuniones del órgano colegiado	NO	
Establecimiento de metas y parámetros objetivos y/o cuantificables	NO	
Reporte anual	SI ⁹⁹	28 III
Reportes de periodicidad menor a un año	NO	
Susceptible de auditoría	SI ¹⁰⁰	
Sujeto a procesos de mejora regulatoria, incluyendo consulta pública de regulaciones	SI	
Relación institucional con otros actores (e.g. otros reguladores, industria, consejo consultivo, academia)	SI ¹⁰¹	
Labores activas de difusión, promoción o prevención	Medio	
Labores pasivas de difusión, promoción o prevención	Medio ¹⁰²	

⁹¹Por conducto de la Secretaría de Economía.

⁹²Aplican las mismas normas de contratación que el gobierno central, incluyendo la LSCC.

⁹³Aunque la CFC determina su Manual de Organización, el Ejecutivo fija su estructura a través del Reglamento Interno.

⁹⁴México tiene 105 personas dedicadas exclusivamente a temas de competencia, de los cuales sólo 9 de ellos investigan prácticas monopólicas relativas y 10 carteles. La Comisión Europea emplea 593 personas, Estados Unidos 1136, Australia 325, Francia 511, Canadá 267 y Japón 576. Fuente: Global Competition Review 2007.

⁹⁵Preponderantemente público.

⁹⁶La CFC ocasionalmente organiza seminarios y cursos de capacitación.

⁹⁷OCDE, APEC y RICE (Red Internacional de Competencia Económica).

⁹⁸Sin embargo, los votos de los Comisionados no se conocen salvo se pidan vía el portal de transparencia; además, los votos en contra normalmente no vienen acompañados de una justificación.

⁹⁹Al Ejecutivo. La obligación de entregar un reporte al Congreso de la Unión fue declarada inconstitucional.

¹⁰⁰Secretaría de la Función Pública y Auditoría Superior de la Federación.

¹⁰¹La CFC mantiene convenios de colaboración con la COFEMER, PROFECO, SAT, CRE, UPCI, CDEMUN, la Comisión de Comercio Justo de Corea y la Fiscalía Nacional Económica de Chile.

¹⁰²La página de Internet de la CFC publica cierta información relevante como compilaciones, apuntes, "cuadernos de competencia", publicaciones, reportes de prensa y presentaciones. Hay sin embargo, espacio importante para ofrecer mayores herramientas de valor agregado.

3.2.2 COFEMER

El establecimiento de un órgano responsable del desarrollo e implementación de la política regulatoria ha sido, en fechas recientes, un componente importante de la arquitectura institucional de los países desarrollados (prácticamente todos los miembros de la OCDE tienen un órgano de esta naturaleza). En México, la COFEMER fue creada mediante reformas a la LFPA en el año 2000. La institución encuentra su antecedente en la extinta Unidad de Desregulación Económica de la Secretaría de Economía creada en 1989 para apoyar los esfuerzos de desregulación y apertura del país.

La misión de la COFEMER es doble: por una parte, transparentar el proceso de elaboración de regulaciones administrativas o propuestas legislativas para consideración del Ejecutivo y analizar su relación costo-beneficio (“flujo regulatorio”);¹⁰³ por la otra, revisar el marco regulatorio nacional, diagnosticar su aplicación y elaborar propuestas de mejora regulatoria para consideración del Ejecutivo (“acervo regulatorio”).

¹⁰³Cuando las dependencias y los organismos descentralizados de la administración pública federal, elaboren anteproyectos de leyes, decretos legislativos y regulaciones administrativas de carácter general, los deben presentar ante la COFEMER conjuntamente con una manifestación de impacto regulatorio, cuando menos treinta días hábiles antes de la fecha en que se pretenda emitir el acto o someterlo a la consideración del Titular de Ejecutivo Federal. La COFEMER hace públicos los anteproyectos y manifestaciones de impacto regulatorio y admite comentarios del público. Ninguna regulación administrativa de carácter general podrá ser publicada en el DOF sin dictamen de la COFEMER o, en su caso, de la exención correspondiente. No obstante, el dictamen que emita la COFEMER no tiene carácter vinculante.

En cuanto a sus atribuciones, la COFEMER parece ajustarse a las mejores prácticas. Ello incluye la naturaleza no vinculante de sus decisiones, ya que los órganos de mejora regulatoria normalmente tienen - y deben tener - funciones de procuración, no de veto o control rígido. Inclusive, sería saludable que no tuvieran que pasar por la COFEMER absolutamente todas y cada una de las regulaciones administrativas, para lo cual podrían establecerse, en ley, una serie de filtros y criterios para tal efecto.¹⁰⁴

La COFEMER presenta, sin embargo, una serie de fragilidades institucionales que han mermado significativamente la consecución de los objetivos de mejora regulatoria. Por una parte, la autonomía es sumamente frágil e inclusive artificial, habida cuenta que el titular puede ser nombrado y removido de forma absolutamente discrecional. En los hechos, el Titular no puede ejercer a cabalidad sus atribuciones y se encuentra sometido a los mandos superiores (el Secretario de Economía) e inclusive a los horizontales (Subsecretarios). Existe otro factor de suma importancia: frente a los otros reguladores examinados, la naturaleza de la COFEMER es muy distinta ya que regula al gobierno, no a los particulares. En consecuencia, a falta de una voluntad real y efectiva del Ejecutivo, la institución se torna inoperante para coordinar las acciones de las dependencias y entidades de la Administración Pública en el marco de los diversos programas de mejora regulatoria.¹⁰⁵

¹⁰⁴Lo que también traería aparejado ciertos riesgos, ya que las dependencias tratarían de evadir los filtros de mejora regulatoria. apuntes, “cuadernos de competencia”, publicaciones, reportes de prensa y presentaciones. Hay, sin embargo, espacio importante para ofrecer mayores herramientas de valor agregado.

¹⁰⁵Los Programas Bienales de Mejora Regulatoria, a cargo de la COFEMER, y los Programas de Mejora de la Gestión, a cargo de la Secretaría de la Función Pública, han tenido resultados pobres.

Sea por falta de recursos humanos y materiales o por mala organización la COFEMER ha focalizado su actuar en la revisión del flujo regulatorio y ha descuidado tremendamente la revisión del “acervo” (a pesar de sus fuertes atribuciones en materia de asesoría y opinión). Pero ello no se ha traducido en menos regulación. Aunque la responsabilidad primaria es de quien emite la regulación, lo que incluye en primer término al Congreso (leyes),¹⁰⁶ el Ejecutivo (reglamentos) y las dependencias (normas administrativas generales), la COFEMER poco ha hecho para fomentar una cultura institucional de mejora regulatoria. En todos sus años de existencia, no hay registro de alguna opinión pública presentada al Ejecutivo o de algún plan o iniciativa de corte transversal para disminuir o mejorar la regulación por la vía administrativa o legislativa. México continúa rezagándose en todos los índices internacionales de competitividad y, en particular, los factores institucionales y regulatorios son los peor calificados.

En la revisión de la cuenta pública de 2006, la Auditoría Superior de la Federación concluyó que, en términos generales, la COFEMER “cumplió razonablemente de acuerdo a las posibilidades que le dan sus recursos humanos y financieros”. No obstante, al mismo tiempo hizo notar que la institución: (i) no había coadyuvado en la eliminación de regulaciones existentes o en la disminución de regulaciones nuevas;¹⁰⁷ (ii) carecía de un diagnóstico del marco jurídico nacional; (iii) carecía de un plan de reordenación y depuración del marco regulatorio; (iv) carecía de

¹⁰⁶En este sentido, el Legislativo debería tener, al igual que la Administración Pública, controles internos (aunque no vinculantes) de mejora regulatoria.

¹⁰⁷Según la propia ASF, en el período de 2003 a 2005 se pretendía eliminar 70 regulaciones, concretándose la eliminación de sólo 28; y en el periodo de 2005-2006 se concretaron 3 de las 42 previstas. Asimismo, en el periodo analizado se emitieron 556 regulaciones, en tanto que las eliminadas fueron 31. Entre 2003 y 2006, el número de regulaciones creció en 556; los trámites siguen creciendo, ya que en el periodo de 2002-2006 se inscribieron 3,570 y se eliminaron 1,498, con lo que en total el número aumentó en 2,072.

un programa específico para la realización de estudios y proyectos; y (v) carecía de un mecanismo de revisión sistemática para la eliminación y simplificación de trámites.¹⁰⁸ Actualmente, lejos de superar las deficiencias, la COFEMER parece debilitarse todavía más.

Cabe señalar que la LFPA, incluida la parte de mejora regulatoria, no aplica a la materia fiscal. Cabe la pregunta si esta exclusión debiera ser revertida. La respuesta es doble. Por principio, la regulación fiscal, antes que cualquier otra, debe sujetarse a criterios y principios de mejora regulatoria, comenzando por la simplicidad y claridad. México se caracteriza por tener una de las regulaciones fiscales más complejas e ineficientes del mundo, según lo corrobora el estudio “*Doing Business*”.¹⁰⁹ No obstante, bajo consideraciones prácticas la COFEMER no parece equipada para asumir tal responsabilidad. Antes de asumir otras atribuciones, la institución requiere mostrar su capacidad para ejercer eficazmente las que tiene.

Como se observa de la siguiente tabla, la COFEMER, entre otros:

- Tiene mandato y atribuciones adecuadas;
- Tiene una autonomía sumamente frágil e inclusive artificial, en gran medida por el régimen de nombramiento, a lo que se le suma la falta de autonomía presupuestal y de contratación;
- Está supeditada a la voluntad del Ejecutivo para operar con eficacia,

¹⁰⁸Con una revisión muestra de 1,171 trámites, de los 3,244 existentes al 2006 (en el Registro Federal de Trámites y Servicios), se constató que el 49.1% no se utilizaron.

¹⁰⁹En el reporte de 2009 México ocupó la posición 149 y en el 2008 la 106 (de 183).

- Tiene pocos recursos económicos frente a los órganos de mejora regulatoria de los países miembros de la OCDE (de hecho, sufrió un importante decremento presupuestal para el 2010); y
- No se ajusta a buenas prácticas en materia de transparencia y rendición de cuentas, lo que en gran medida ha propiciado la aplicación de criterios inconsistentes en materia de impacto regulatorio y la falta de efectividad y proactividad para contribuir en el ámbito de la mejora regulatoria, para propósitos de flujo, pero sobre todo, de acervo; el organismo que debiera predicar con el ejemplo, simplemente no hace saber con claridad sus metas, objetivos, parámetros, criterios y razonamientos.

Arreglos Institucionales de la COFEMER Fundamento en la LFPA (artículo)

Mandato		
Mandato legal claro y explícito	SI	69-E
Atribuciones ¹¹¹		
Poder de opinión	SI	69-E I IV-V
Poder de supervisión	Monitoreo de cumplimiento	NA
	Imposición multas	NA
	Suficiencia de multas	NA
Poder administrativo	SI	69E II-III / 69 H
Poder adjudicatario	NA	
Poder legislativo	NA	
¿Quién decide el recurso de revisión administrativa?	NA	

¹¹⁰“...promoverá la transparencia en la elaboración y aplicación de las regulaciones y que éstas generen beneficios superiores a sus costos y el máximo beneficio para la sociedad”.

¹¹¹Dado que la COFEMER no emite actos con efectos directos sobre los particulares, muchas de las atribuciones de la matriz no le aplican.

Autonomía Organizacional			
a. Régimen legal			
Forma legal	Desconcentrado		
Adscrito a:	SE		
b. Integración de mando			
Integración de mando	Unipersonal		
c. Régimen de nombramientos			
Requisitos	Credenciales, experiencia y conocimientos en el sector o área	SI	69-G
	Falta de afiliación o falta de intereses personales en la industria o sus asociaciones	NA ¹¹²	
	Prohibición de otro trabajo o comisión durante el encargo	NO	
	Prohibición de haber laborado en la industria o sus asociaciones durante un período previo	NA ¹¹³	
	Prohibición de haber laborado en la industria o sus asociaciones durante un período posterior	NA ¹¹⁴	
Lo propone/nombra el Ejecutivo Federal	SI	69-G	
Participa el Legislativo en el nombramiento	NO		
El nombramiento es por tiempo determinado	NO		
El nombramiento es escalonado	NO		
El nombramiento trasciende el gobierno en turno	NO		
Remoción calificada	NO		
Se prevé renovación de nombramiento	NA		
d. Control administrativo			
Presupuestal	NO ¹¹⁵		
Laboral (contratación y remuneraciones)	NO ¹¹⁶		
Organizacional	Medio ¹¹⁷		

¹¹²No aplica por no tratarse de un órgano de regulación sectorial.

¹¹³Idem.

¹¹⁴Idem. Aplica norma general de conflicto de interés de un año prevista en los artículos 8 fracción XII y 9 LFRASP.

¹¹⁵Por conducto de la Secretaría de Economía.

¹¹⁶Aplican las mismas normas de contratación que el gobierno central, incluyendo la LSCC.

¹¹⁷Aunque la COFEMER determina su Manual de Organización, el Ejecutivo fija su estructura a través del Reglamento Interno.

Recursos humanos	
Plantilla laboral según práctica internacional	Medio
Mezcla de perfiles público-privado	NO ¹¹⁸
Programas de capacitación de alto nivel sobre la materia (inductivos y de actualización)	NO
Participación en foros internacionales ¹¹⁹	SI
Recursos materiales	
Presupuesto según práctica internacional	NO
Transparencia y rendición de cuentas	
Publicidad de resoluciones	SI
Publicidad de criterios y razonamientos	NO
Publicidad de reuniones del órgano colegiado	NA ¹²⁰
Establecimiento de metas y parámetros objetivos y/o cuantificables	NO
Reporte anual	SI ¹²¹ 69-E VII
Reportes de periodicidad menor a un año	NO
Susceptible de auditoría	SI ¹²²
Sujeto a procesos de mejora regulatoria, incluyendo consulta pública de regulaciones	NA
Relación institucional con otros actores (e.g. otros reguladores, industria, consejo consultivo, academia)	SI ¹²³ 69-F
Labores activas de difusión, promoción o prevención	NO
Labores pasivas de difusión, promoción o prevención	Medio ¹²⁴

¹¹⁸Preponderantemente público.

¹¹⁹OCDE, APEC y programas con Estados Unidos y Canadá.

¹²⁰Mando unipersonal.

¹²¹Al Congreso de la Unión (obligación tachada de inconstitucional para el caso de la LFCE).

¹²²SFP y ASF.

¹²³La Comisión cuenta con un consejo consultivo (que sin embargo parece no presentar beneficios concretos). Tiene también convenios firmados con la CFC, PROFECO, Cámaras de Comercio y la ANADE.

¹²⁴En su página de Internet, el regulador mantiene el Registro Federal de Trámites y Servicios y un sistema de consulta de anteproyectos regulatorios, ambos relativamente funcionales, aunque obligatorios por ley. Publica también un Manual de Manifestaciones de Impacto Regulatorio (más un “instructivo” que guía de criterios sustantivos). Hay sin embargo, espacio importante para ofrecer herramientas de mayor valor agregado.

3.2.3 CRE

En México, el sector energético es un híbrido. Aunque el servicio público de energía eléctrica y la industria petrolera constituyen áreas estratégicas reservadas de forma exclusiva al Estado, al mismo tiempo existen espacios importantes para la participación de la iniciativa privada. Lo anterior derivado de aperturas parciales mediante reformas a la LSPEE de 1992 y a la LRA27CRP de 1995. En el primer caso se excluyeron de la definición de “servicio público” ciertas modalidades de generación de electricidad, como el autoabastecimiento, cogeneración, producción independiente, pequeña producción, para exportación y casos de emergencia; en el segundo se abrieron a la inversión privada las actividades de almacenamiento, transporte y distribución de gas natural.

La CRE nace en este contexto. Fue creada por decreto en 1994 como un órgano desconcentrado de la SENER. De la mano con las reformas de 1995, se emite la LCRE. La posición de la CRE es particular: regula un sector parcialmente abierto donde participan los particulares pero también empresas públicas de exorbitante poder y posición monopólica, PEMEX, CFE y antes Luz y Fuerza del Centro. “La CRE actual resulta un órgano con una triple identidad: en parte opera como un órgano regulador de mercados, en parte opera como un regulador gubernamental, y en parte opera como un organismo intermedio dentro de la gestión centralizada de una parte significativa del sector”.¹²⁵ La situación anterior exige arreglos sólidos y una fuerte autonomía.

¹²⁵Centro de Estudios Espinosa Yglesias (2009), Evaluación de los Órganos Reguladores en México.

La CRE tiene por objeto velar por las actividades de los sectores de electricidad y gas natural. En cuanto al gas, la percepción ha sido positiva. “Después de décadas de estancamiento, la CRE ha logrado la inversión en un sector olvidado por el monopolio petrolero estatal: la transportación, distribución, almacenamiento y comercialización del gas natural y ha conseguido regular (en la medida de lo posible) a Pemex-Gas y Petroquímica Básica, a pesar de ser una empresa estatal que sigue manteniendo el monopolio legal en la producción y procesamiento del gas natural, en las ventas de primera mano, y en la producción y venta de primera mano de combustibles fósiles que compiten con el gas natural, como es el caso del gas LP y otros petroquímicos básicos.”¹²⁶

Como lo apuntó la OCDE, la CRE estableció un marco de trabajo creíble para el mercado después de la reforma de 1995, con todo y las limitaciones que derivaban de la presencia de PEMEX.¹²⁷ Ello se refleja en las atribuciones del regulador, entre las que destacan el otorgamiento de permisos para la distribución, transporte y almacenamiento de gas natural - incluyendo la aprobación de los términos y condiciones a que habrán de sujetarse, la aprobación de los términos y condiciones para las ventas de primera mano del gas (en manos de PEMEX) así como de las metodologías para su venta final a usuarios. La CRE tiene también facultades de verificación, sanción e inclusive para la emisión de normas administrativas generales.¹²⁸ No obstante la SENER regula actividades que podrían estar vigiladas por la

CRE, como por ejemplo las relacionadas con el gas LP (a excepción de su transporte por ductos). Para cuestiones de política, sólo opina a solicitud de la SENER (aunque en la práctica, a través de su actividad regulatoria, define la política en materia de gas natural).

En materia de electricidad, el rol de la CRE es menor y se limita básicamente al otorgamiento de los permisos para generar electricidad bajo las “modalidades especiales” (aunque tiene algunas otras, por ejemplo, la aprobación de los “contratos modelo” y las metodologías de cobro para la interconexión a la red de CFE). Desde luego que la regulación se achica porque el espacio estatal es mucho mayor: simple y sencillamente no existen los elementos claves de un mercado.

Algunos de los poderes que un regulador análogo de otro país tendría, son entonces asumidos por la CFE. Como señaló la OCDE:

“La agencia goza de un mandato relativamente amplio en el campo del gas, pero su función se encuentra mucho más limitada en el caso de la electricidad. La CRE regula, principalmente, la generación privada de electricidad, así como la manera en la que se vende al sector público. Sin embargo, los terceros no tienen un acceso formal a la red de suministro, no existe una administración

¹²⁶López-Velarde, Rogelio (2008), Mitos, Absurdos y Paradojas de la Industria Petrolera Mexicana, Revista Forma, Fundación Colosio, Número II.

¹²⁷OCDE (2004), op. cit.

¹²⁸La regulación emitida por la CRE ha sido considerada como de “alta calidad técnica”, aunque carente de decisiones (legislativas, administrativas, etc) que permitan su operatividad. Ver Centro de Estudios Espinosa Yglesias (2009), op. cit.

¹²⁹Aunque está por otra parte el argumento de que el transporte por medios distintos a los ductos (autotanques) no es un monopolio natural, y por tanto de debería estar regulado por la CRE. La regulación por reguladores autónomos, sin embargo, se justifica por razones que incluyen, pero no se limitan, a los monopolios naturales. Sería cuestión de analizar si (ii) las actividades de gas LP y su transporte por medios distintos a los ductos, requieren de un régimen especial y continuo de control y (ii) si ese fuera el caso, analizar qué entidad (SENER o CRE) será la más capaz para hacer la tarea.

independiente del suministro, ni se ofrecen opciones de proveedores al usuario final. Como consecuencia, los poderes y la función de la CRE tienen que analizarse a la luz de este marco limitado.”¹³⁰

Pero inclusive bajo la estructura actual, la CRE podría hacer mucho más. La SHCP fija las tarifas de transmisión, distribución y venta de electricidad, no necesariamente bajo criterios técnicos y de mercado (lo que propicia subsidios con efectos regresivos). La CRE tampoco participa en la aprobación de los términos y condiciones para la prestación del servicio público de energía eléctrica ni regula su suministro por el proveedor estatal (lo que probó ser muy nocivo para la zona centro del país).

Por último, para que la CRE pueda regular los sectores del gas y la electricidad, debe contar con un mucho mayor poder de vigilancia sobre PEMEX y CFE. Uno de los principales problemas de la CRE al supervisar el cumplimiento de las reglas de las empresas tenedoras de permisos, es que no cuenta con ningún instrumento legal para solicitar información importante a PEMEX y a la CFE, lo que en la práctica reduce significativamente sus poderes¹³¹ (ni siquiera puede regular o sancionar a esta última).

Cabe señalar que con la “reforma petrolera” de 2008, la CRE adquirió nuevas facultades para regular la venta de primera mano del gas, petroquímicos y combustóleos, incluyendo la metodología para determinar sus precios, así como el transporte y distribución por medio de ductos de los bioenergéticos así como de los productos obtenidos de la refinación y de los petroquímicos.¹³²

¹³⁰Idem.

¹³¹Ibidem.

¹³²López Velarde, Alejandro (2009), The new foreign participation rules in each sector of the Mexican oil and gas industry: are the modifications enough for foreign capitals? The Journal of World Energy Law & Business, Oxford Journals.

Sin embargo, aunque positiva, la reforma se quedó muy corta al no tocar la Constitución ni variar un ápice los espacios de participación de la iniciativa privada en el sector.

Como se observa de la siguiente tabla, la CRE, entre otros:

- Tiene mandato fraccionado y difuso, ya que combina diversos elementos de considerable amplitud.
- Tiene atribuciones adecuadas para el caso del gas natural, que podrían fortalecerse mediante la transferencia de algunas responsabilidades en materia de gas LP, ahora a cargo de la SENER.
- Tiene atribuciones insuficientes para el caso de la electricidad, principalmente por la falta de poder para fijar tarifas y regular las condiciones de suministro del servicio eléctrico.
- En general, la tutela de la CRE puede fortalecerse mediante un mayor poder de vigilancia sobre PEMEX y la CFE.
- Goza de una buena autonomía, aunque podría ser fortalecida en los rubros presupuestal y laboral.
- Tiene recursos y tamaño “modestos” según lo que se observa en otros países¹³³ (inclusive su presupuesto ha sufrido decrementos).

¹³³OCDE (2004), op. cit.

- No se ajusta a buenas prácticas en materia de transparencia y rendición de cuentas, en particular por la falta de publicidad de criterios y razonamientos, publicidad de las reuniones del pleno y falta de parámetros y/o metas para evaluar su efectividad como regulador.

Arreglos Institucionales de la CRE Fundamento en la LCRE (artículo)

Mandato			
Mandato legal claro y explícito	NO ¹³⁴	2	
Atribuciones			
Poder de opinión	SI	3 I, VI y XV	
Poder de supervisión	Monitoreo de cumplimiento	SI	3 III, XIV, XIX
	Imposición de multas	SI	3 XX y XXI
	Suficiencia de multas	SI	
Poder administrativo	SI	3 II, IV, V, VII, VIII, IX, X, XII, XIII y XVI	
Poder adjudicatario	SI	3 XVII	
Poder legislativo	SI	3 XIV	
¿Quién decide el recurso de revisión administrativa?	Pleno CRE	11	

¹³⁴“...la Comisión contribuirá a salvaguardar la prestación de los servicios públicos, fomentará una sana competencia, protegerá los intereses de los usuarios, propiciará una adecuada cobertura nacional y atenderá a la confiabilidad, estabilidad y seguridad en el suministro y la prestación de los servicios.” El mandato referido es fraccionado, vago, no priorizado y mezcla la competencia, protección al consumidor, cobertura y suministro. Es un mandato equívoco y fraccionado.

Autonomía Organizacional			
a. Régimen legal			
Forma legal	Desconcentrado		
Adscrito o sectorizado	SENER		
b. Integración de mando			
Integración de mando	Colegiada	4	
c. Régimen de nombramientos			
Requisitos	Credenciales, experiencia y conocimientos en el sector o área	SI	5 II
	Falta de afiliación o falta de intereses personales en la industria o sus asociaciones	SI ¹³⁵	5 III
	Prohibición de otro trabajo o comisión durante el encargo	SI ¹³⁶	5
	Prohibición de haber laborado en la industria o sus asociaciones durante un período previo	NO	
	Prohibición de laborar en la industria o sus asociaciones durante un período posterior	NO ¹³⁷	
Lo nombra/propone el Ejecutivo Federal	SI	5	
Participa el Legislativo en el nombramiento	NO		
El nombramiento es por tiempo determinado	SI ¹³⁸	6	
El nombramiento es escalonado	SI	6	
El nombramiento trasciende el gobierno en turno	SI	6	
Remoción calificada	SI ¹³⁹	6	
Se prevé la renovación de nombramiento	SI ¹⁴⁰	6	
d. Control administrativo			
Presupuestal	NO ¹⁴¹		
Laboral (contratación y remuneraciones)	NO ¹⁴²		
Organizacional	NO ¹⁴³		

¹³⁵“No tener conflicto de interés con empresas dedicadas a las actividades reguladas o vinculadas a éstas”.

¹³⁶Con excepción de cargos académicos que no interfieran con el desempeño de sus funciones.

¹³⁷Aplica norma general de conflicto de interés de un año prevista en los artículos 8 fracción XII y 9 LFRASP.

¹³⁸5 años.

¹³⁹Causa que así lo amerite de conformidad con la LFRASP o incumplimiento de las disposiciones de la LCRE o su Reglamento.

¹⁴⁰Posibilidad de renovación por única ocasión.

Recursos humanos	
Plantilla laboral según práctica internacional	NO
Mezcla de perfiles público-privado	NO ¹⁴⁴
Programas de capacitación de alto nivel sobre la materia (inductivos y de actualización)	ND ¹⁴⁵
Participación en foros internacionales	NO ¹⁴⁶
Recursos materiales	
Presupuesto según práctica internacional	NO
Transparencia y rendición de cuentas	
Publicidad de resoluciones	SI
Publicidad de criterios y razonamientos	NO
Publicidad de reuniones del órgano colegiado	NO
Establecimiento de metas y parámetros objetivos y/o cuantificables	NO
Reporte anual	SI 7 VIII ¹⁴⁷
Reportes de periodicidad menor a un año	NO
Susceptible de auditoría	SI ¹⁴⁸
Sujeto a procesos de mejora regulatoria, incluyendo consulta pública de regulaciones	SI
Relación institucional con otros actores (e.g. otros reguladores, industria, consejo consultivo, academia)	NO ¹⁴⁹
Labores activas de difusión, promoción o prevención	NO
Labores pasivas de difusión, promoción o prevención	Medio ¹⁵⁰

¹⁴¹Por conducto de la SENER.

¹⁴²Aplican las mismas normas de contratación que el Gobierno Central, incluyendo la LSCC.

¹⁴³Aunque la CRE determina su Manual de Organización, el Ejecutivo fija su estructura a través del Reglamento Interno.

¹⁴⁴Preponderantemente público.

¹⁴⁵No disponible.

¹⁴⁶No existe un área internacional dentro del regulador. La participación en foros o eventos es tipo "ad hoc".

¹⁴⁷Al Congreso de la Unión (obligación tachada de inconstitucional para el caso de la LFCE).

¹⁴⁸SFP y ASF.

¹⁴⁹De la revisión de información contenida en la página web.

¹⁵⁰El regulador ofrece en su página de Internet boletines, presentaciones, "series", información de zonas geográficas y guías para trámites y servicios. Hay sin embargo, espacio importante para ofrecer herramientas de mayor valor agregado.

3.2.4 COFETEL

En 1990 se concretó la privatización de Teléfonos de México (Telmex) a favor del consorcio integrado por Grupo Carso y diversos inversionistas extranjeros. De 1990 a 1996 Telmex gozó de un régimen transitorio con derechos exclusivos aunque sujeto a la regulación – un tanto precaria - de la SCT (bajo el Reglamento de Telecomunicaciones). En 1995 fue emitida la LFT, con el propósito de regular el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes de telecomunicaciones y la comunicación vía satélite. El Transitorio Undécimo de dicha ley estableció que a más tardar el 10 de agosto de 1996, el Ejecutivo constituiría un órgano desconcentrado "para regular y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones". Fue así como (un día antes de que venciera dicho plazo) nació la COFETEL vía Decreto Presidencial. Contrario a como se han llevado a cabo procesos en otras partes del mundo, la privatización ocurrió antes de la creación e implementación de un marco regulatorio, incluyendo el órgano regulador.¹⁵¹

Las facultades de la COFETEL establecidas en su Decreto de Creación – luego transcritas al Reglamento Interior de la SCT -, incluían la administración del espectro radioeléctrico, la resolución de desacuerdos de interconexión, la conducción de las licitaciones y la imposición de obligaciones específicas a los concesionarios declarados con poder sustancial. Pero hacían falta las atribuciones definitorias: la COFETEL no podía sancionar ni otorgar concesiones o permisos, lo que conducía a una fragmentación absurda: la COFETEL llevaba una parte del

En Canadá, aunque existe la apelación ante la instancia política, ésta es mucho más acotada y con poca probabilidad de que se active. OECD (2000), op.cit.

proceso (licitación y dictamen) y la SCT lo concluía a través de un plumazo discrecional. Todas las decisiones del Pleno eran revisables por la SCT, rompiendo con ello cualquier tipo de “autonomía”. Aunado a lo anterior, las facultades de la COFETEL provenían de un mero reglamento, lo que daba suma fragilidad jurídica a sus decisiones. En palabras de la OCDE:

*“Este nuevo marco regulador abrió el camino a la competencia y en 1995-1996, se otorgaron concesiones a los nuevos participantes. Sin embargo, surgieron conflictos acerca de los cargos a la interconexión que tenían que ser resueltos por la propia SCT. El marco regulador establecido presentaba muchas deficiencias. A la COFETEL no se le había otorgado la flexibilidad y autoridad suficientes para emprender acciones oportunas frente a los problemas que generaban conflictos de importancia entre los actores de la industria”.*¹⁵²

Por increíble que parezca, no fue sino hasta abril de 2006 cuando la COFETEL - mediante reformas a la LFT - adquirió reconocimiento legal (mas allá de un mero artículo transitorio). Aunque mucho se había discutido sobre las insuficiencias de la COFETEL, lo único que se hizo fue elevarlas al rango de ley. Los procedimientos para el otorgamiento, modificación, prórroga y cesión de concesiones y permisos, quedaron fragmentados: la COFETEL opina y la SCT toma discrecionalmente la determinación final. Asimismo, se plasmó la debilidad más grande, es decir, la incapacidad para imponer sanciones.¹⁵³ Por otra parte, hubo mejoras institucionales importantes, como la inamovilidad de los Comisionados.

¹⁵²OCDE (2004), op.cit.

¹⁵³Álvarez, Clara Luz, Análisis de las Reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2444/8.pdf>

El ejercicio de las atribuciones directas (aunque revisables) de la COFETEL (tarifas, interconexión y administración del espectro radioeléctrico) ha encontrado serios obstáculos dada la pobre calidad de la regulación. En especial, la interconexión ha sido el arma para impedir la competencia y el regulador poco ha podido hacer al respecto. Prácticamente ninguna resolución se ha sostenido en tribunales, en gran medida por la enorme fragilidad del régimen (vagamente reglado) aunado a una revisión judicial excesivamente estricta en lo que se refiere al razonamiento bajo el que se fija la tarifa correspondiente. El procedimiento plasmado en ley (que debería ser de carácter sumario), conjuntamente con las altísimas probabilidades de que la determinación del regulador sea rechazada por los tribunales, simplemente obliga a algunos operadores a allanarse a las condiciones de interconexión determinadas por el operador dominante (donde los costos finales son trasladados al usuario del servicio).

Por su parte, las potestades de verificación se ven limitadas: la COFETEL se encuentra a cargo de supervisar que los actores del mercado cumplan con los términos y condiciones de las concesiones, licencias o permisos, pero el regulador no tiene el poder para incautar información directamente de las empresas. Lo anterior se agrava considerando las asimetrías de información existentes entre el regulador y los regulados.

El que todo siga estático muestra una grave incapacidad o desinterés – tanto del Ejecutivo como del Legislativo – para combatir a los grupos de interés. A nivel internacional la COFETEL cada vez se ve peor entre sus pares. De los países que integran la OCDE sólo en Hungría y México el gobierno

puede rechazar discrecionalmente la decisión del regulador¹⁵⁴ (a diferencia de los otros reguladores, cuyas decisiones son revisadas por el Pleno del propio regulador, el recurso administrativo de revisión de una decisión del Pleno de la COFETEL procede ante la SCT bajo el procedimiento de la LFPA). Aunque la SCT no revisa y rechaza sistemáticamente las decisiones del Pleno de la COFETEL (lo ha hecho en unas cuantas ocasiones), la mera posibilidad anula la autonomía del regulador.

Mientras que en otras partes del mundo la privatización de la empresa pública de telecomunicaciones fue acompañada de un proceso institucional sólido y creíble, en México dicho proceso fue increíblemente deficiente. La regulación ha sido “una experiencia tortuosa tanto en su diseño económico como en su circunstancia legal”.¹⁵⁵ El resultado ha sido desafortunado: excesiva concentración,¹⁵⁶ abuso de dominancia por parte del operador principal (Telmex), lenta evolución y falta de penetración para ciertos servicios, altas tarifas y desincentivos a la inversión.¹⁵⁷ Como ha sido señalado, pareciera que la COFETEL es una institución “creada por el enemigo”; es decir, una institución establecida para que no cumpla con sus objetivos.¹⁵⁸

¹⁵⁴En Canadá, aunque existe la apelación ante la instancia política, ésta es mucho más acotada y con poca probabilidad de que se active. OECD (2000), op.cit.

¹⁵⁵Tovar Landa, Ramiro (2003), Reforma regulatoria en telecomunicaciones: competencia, infraestructura y servicio universal, Gaceta de Economía, Año 9, Número Especial.

¹⁵⁶Según la CANITEC, en desplegado del 25 de enero de 2010, los mexicanos pagan entre la tercera y sexta tarifa más cara en los distintos servicios de telecomunicaciones (citando a la empresa británica Teligen). Aseguró también que Telmex tiene en 89.4% de todas las líneas fijas y Telcel el 72.6% de todas las líneas móviles de México.

¹⁵⁷Se ha llegado a asegurar, por ejemplo, que la incapacidad para adecuar el marco regulatorio se ha traducido en una merma del crecimiento equivalente al 23% del sector. Ver: Piedras, Ernesto (2005), ¿Tiene México el sector de telecomunicaciones que necesita?, Revista Bien Común, No. 136, México.

¹⁵⁸Centro de Estudios Espinosa Yglesias (2009), Evaluación de los Órganos Reguladores en México.

Después de un largo camino, la COFETEL ha crecido legalmente, inclusive en contra de la voluntad del Ejecutivo que pretendió reducir ciertas atribuciones otorgadas por el Congreso en 2006. El Reglamento Interior de la SCT publicado el 8 de enero del 2009, básicamente desconocía lo establecido en los artículos Cuarto Transitorio y 9-A de la LFT así como el artículo 9 de la LFRT, que confirieron en exclusiva a la COFETEL las atribuciones que en materia de radio y TV tenía la SCT. Lo anterior fue a la postre rechazado por la SCJN mediante la controversia constitucional 7/2009.

Como se observa de la siguiente tabla, la COFETEL, entre otros:

- Tiene mandato medianamente difuso y atribuciones notoriamente insuficientes en materia de telecomunicaciones, dada su incapacidad para otorgar permisos y concesiones, así como para sancionar.
- La autonomía es sumamente frágil, en particular porque los actos del Pleno son recurribles ante la propia SCT, lo que se suma a la falta de autonomía en lo presupuestal y laboral.
- Tiene recursos y tamaño “modestos” según lo que se observa en otros países.¹⁵⁹
- No se ajusta a buenas prácticas en materia de transparencia y rendición de cuentas, en particular por la falta de publicidad de criterios y razonamientos, publicidad de las reuniones del pleno y falta de parámetros y/o metas para evaluar su efectividad como regulador (la puesta en práctica de dichas medidas podría mitigar los graves problemas de legitimidad y credibilidad que el regulador vive en la actualidad).

¹⁵⁹OCDE (2004), op. cit.

Arreglos Institucionales de la COFETEL Fundamento en la LFT (artículo)

Mandato			
Mandato legal claro y explícito	Medio ¹⁶⁰	9-A	
Atribuciones			
Poder de opinión	SI	9-A II, IV, XV	
Poder de supervisión	Monitoreo de cumplimiento	SI ¹⁶¹	9-A X-XI, XIII, XVI
	Imposición de multas	NO ¹⁶²	
	Suficiencia de multas	NA	
Poder administrativo	SI ¹⁶³	9-A V-IX, XII XVI	
Poder adjudicatario	SI ¹⁶⁴	42	
Poder legislativo	SI	9-A I, 41	
¿Quién decide el recurso de revisión administrativa? (para actos del Pleno)	SCT	Título Sexto LFPA	

¹⁶⁰“...regular, promover y supervisar el desarrollo eficiente y la cobertura social amplia de las telecomunicaciones y la radiodifusión en México”. Se considera que el mandato es medianamente difuso, ya que el mandato de “desarrollo eficiente” resulta un tanto equívoco.

¹⁶¹Para las telecomunicaciones, limitado a la interconexión, tarifas y vigilancia del cumplimiento de los títulos de concesión y permisos otorgados. Para la radiodifusión, de manera exclusiva, todas las facultades que las leyes, tratados y reglamentos le confieren a la SCT.

¹⁶²La COFETEL sólo puede proponer al titular de la SCT la imposición de sanciones por infracciones a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables.

¹⁶³Aunque sumamente débil. Sólo tiene poder de opinión respecto de las solicitudes para el otorgamiento, modificación, prórroga y cesión de concesiones y permisos en materia de telecomunicaciones. Lo tiene pleno para el caso de la radiodifusión, derivado del resolutivo de la SCJN en la controversia constitucional 7/2009.

¹⁶⁴Para desacuerdos de interconexión.

Autonomía Organizacional			
a. Régimen legal			
Forma legal	Desconcentrado		
Adscrito a:	SCT		
b. Integración de mando			
Integración de mando	Colegiado ¹⁶⁵ 9-B		
c. Régimen de nombramientos			
Requisitos	Credenciales, experiencia y conocimientos en el sector o área	SI	9-C III
	Falta de afiliación o falta de intereses personales en la industria o sus asociaciones	SI ¹⁶⁶	9-C
	Prohibición de otro trabajo o comisión durante el encargo	SI ¹⁶⁷	9-C
	Prohibición de haber laborado en la industria o sus asociaciones durante un período previo	NO	
	Prohibición de laborar en la industria o sus asociaciones durante un período posterior	NO ¹⁶⁸	
Lo nombra/propone el Ejecutivo Federal	SI	9-C	
Participa el Legislativo en el nombramiento	NO ¹⁶⁹		
El nombramiento es por tiempo determinado	SI ¹⁷⁰	9-D	
El nombramiento es escalonado	SI	Transitorio Segundo ¹⁷¹	
El nombramiento trasciende el gobierno en turno	SI	Transitorio Segundo	
Remoción calificada	SI ¹⁷²	9-D	
Se prevé renovación de nombramiento	SI ¹⁷³	9-D	
d. Control administrativo			
Presupuestal	NO ¹⁷⁴		
Laboral (contratación y remuneraciones)	NO ¹⁷⁵		
Organizacional	NO ¹⁷⁶		

¹⁶⁵Cinco miembros.

¹⁶⁶“Estarán impedidos para conocer asuntos en que tengan interés directo o indirecto”.

¹⁶⁷Con excepción de cargos docentes.

¹⁶⁸Aplica norma general de conflicto de interés de un año prevista en los artículos 8 fracción XII y 9 LFRASP.

Recursos humanos	
Plantilla laboral según práctica internacional	NO
Mezcla de perfiles público-privado	NO ¹⁷⁷
Programas de capacitación de alto nivel sobre la materia (inductivos y de actualización)	NO
Participación en foros internacionales	NO ¹⁷⁸
Recursos materiales	
Presupuesto según práctica internacional	NO
Transparencia y rendición de cuentas	
Publicidad de resoluciones	SI ¹⁷⁹
Publicidad de criterios y razonamientos	NO
Publicidad de reuniones del órgano colegiado	NO
Establecimiento de metas y parámetros objetivos y/o cuantificables	NO
Reporte anual	SI ¹⁸⁰
Reportes de periodicidad menor a un año	NO 9-E V
Susceptible de auditoría	SI ¹⁸¹
Sujeto a procesos de mejora regulatoria, incluyendo consulta pública de regulaciones	SI NO ¹⁸²
Relación institucional con otros actores (e.g. otros reguladores, industria, consejo consultivo, academia)	NO
Labores activas de difusión, promoción o prevención	Medio
Labores pasivas de difusión, promoción o prevención ¹⁸³	

3.3 Conclusiones del Capítulo Tercero

Todos los reguladores examinados presentan carencias importantes en cuanto a su diseño institucional. En general, todos están cortos de recursos y fallan gravemente en materia de transparencia y rendición de cuentas. Por otra parte, algunos gozan de una autonomía técnica aceptable (CFC y CRE) mientras que otros están desprovistos de la misma (COFEMER y COFETEL). Ninguno, sin embargo, tiene una autonomía integral que incluya la dimensión presupuestal, laboral y organizacional. El caso de atribuciones es mixto: la COFEMER está bien dotada en lo general, la CFC tiene atribuciones importantes pero carece de herramientas jurídicas apropiadas para investigar, supervisar y sancionar, la COFETEL carece de las atribuciones más elementales y la CRE está bien dotada para regular el gas natural pero no la electricidad.

¹⁶⁹El requisito de no objeción senatorial contenido en el artículo 9-C fue declarado inconstitucional por la SCJN.

¹⁷⁰8 años.

¹⁷¹Decreto 2006.

¹⁷²Causa grave debidamente justificada.

¹⁷³Posibilidad de renovación por un solo período.

¹⁷⁴Por conducto de la SCT.

¹⁷⁵Aplican las mismas normas de contratación que el gobierno central, incluyendo la LSCC.

¹⁷⁶Aunque la COFETEL determina su Reglamento Interno, el Ejecutivo fija su estructura a través del Reglamento Interior (aunque la nomenclatura sea similar, instrumentos de dichos instrumentos es completamente distinta).

¹⁷⁷Preponderantemente público.

¹⁷⁸No existe un área internacional dentro del regulador. La participación en foros o eventos es tipo "ad hoc".

¹⁷⁹Aunque no para el caso de las opiniones para el otorgamiento de permisos o concesiones o sanción, al ser parte de una decisión final que compete a la SCT.

¹⁸⁰No tiene destinatario. Sólo se prevé la obligación de publicación.

¹⁸¹SFP y ASF.

¹⁸²De la revisión de información contenida en la página web.

¹⁸³El regulador ofrece en su página de Internet cierta información para la industria y usuarios, así como estadística de mercados. Hay sin embargo, espacio importante para ofrecer herramientas de mayor valor agregado.

CAPÍTULO CUARTO

Naturaleza Jurídica del Regulador

Resumen Ejecutivo

El presente capítulo sostiene y explica que la naturaleza de “órgano desconcentrado” resulta obsolescente para el caso de los reguladores económicos, ya que fomenta la interferencia política, genera tensiones institucionales y, bajo los criterios actuales de la SCJN, invalida arreglos institucionales específicos. Hace un recuento de los diversos criterios vertidos por la SCJN en torno a los reguladores “atípicos” y, luego de un breve análisis constitucional propio, critica algunas de sus premisas y conclusiones. Finalmente, el capítulo propone una reforma constitucional y otra legal para crear las “entidades reguladoras autónomas”, que estarían situadas en el ámbito central de la Administración Pública Federal, a efecto fortalecer política, institucional y legalmente a los reguladores, solventar las inconstitucionalidades declaradas y permitir al Congreso Federal legislar un diseño institucional conforme a las mejores prácticas. Se rechaza situar a los reguladores en el ámbito paraestatal o dotarlos de autonomía constitucional.

4.1 Órganos desconcentrados y su obsolescencia para el caso de los reguladores

En México los reguladores han encontrado cabida en la figura de “órganos desconcentrados”, definidos por el artículo 17 de la LOAFP como órganos administrativos jerárquicamente subordinados a las Secretarías de Estado con facultades específicas, para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de estas últimas.

El propósito original de la “desconcentración administrativa” era descongestionar el poder central pero sobre todo hacer llegar la función administrativa a sitios geográficos distintos a la capital. Tal como señaló Gabino Fraga:

“...se ha padecido de una centralización administrativa que hace que de todos los rumbos del país los ciudadanos tengan que ocurrir a la capital, perdiendo tiempo y dinero, a hacer largas esperas a oficinas públicas teniendo que regresar luego, simplemente con un sello en la copia de los documentos que ellos han presentado, gastados y desilusionados a los pequeños sitios donde viven a esperar, durante mucho tiempo, a veces infructuosamente, que sus asuntos sean resueltos...Para atenuar los inconvenientes de la centralización se ha recurrido a la delegación de facultades administrativas, a la desconcentración y a los convenios de colaboración con las entidades federativas”.¹⁸⁴

¹⁸⁴Fraga, Gabino (2002), Derecho Administrativo, Porrúa, 42ª edición, México,

La figura de la LOAPF toma la forma de un agente que le reporta al principal. Sin embargo, los nuevos reguladores tienen otras características: tienen atribuciones originarias (no delegadas) y exclusivas (no compartidas). Al adoptar la forma de desconcentrados viene una pregunta forzosa: ¿cuál es la función de la “subordinación jerárquica” prevista en la LOAPF? La respuesta debe ser que no existe tal: los reguladores autónomos se rigen por una ley específica y posterior a la LOAPF que les otorga “autonomía técnica y operativa” y desprovista de cualquier noción de subordinación.

En consecuencia los reguladores son “órganos desconcentrados atípicos”,¹⁸⁵ pues aunque forman parte de la Administración Pública Centralizada, el Congreso les atribuye las facultades regulatorias específicas que recaían en una Secretaría de Estado, lo que rompe con el principio de subordinación jerárquica que establece el artículo 17 de la LOAPF. La noción tradicional de un órgano superior instruyendo a uno inferior no aplica en este caso. Explica Roldán Xopa:

“La autonomía elimina el poder de instrucción de los mandos políticos. El poder de instrucción o mando se rompe cuando se otorgan atribuciones a los órganos desconcentrados para decidir sus propias resoluciones sin estar sujetos a las instrucciones de los órganos superiores de la dependencia de la que forman parte. El fenómeno anterior se presenta con el otorgamiento de competencias propias cuyo ejercicio y decisión compete a los mismos. Así pues, mientras los órganos desconcentrados típicos funcionaban con

*atribuciones correspondientes a las propias Secretarías a las cuales la ley les otorgaba su competencia, en los órganos desconcentrados de nuevo tipo sus atribuciones provienen de una fuente originaria...su fundamento pues, no es ya el artículo 17 de la LOAPF, sino, generalmente, una norma del mismo rango”.*¹⁸⁶

Hay quienes sostienen que la “subordinación jerárquica” y la autonomía “técnica y operativa” tendrían que conciliarse, para lo cual el regulador tendría “autonomía técnica y operativa” para el ejercicio de sus atribuciones específicas pero estaría al mismo tiempo subordinado jerárquicamente a la Secretaría de la que forma parte para cuestiones de política regulatoria general. En realidad la línea divisoria entre regulación y política es artificial y por ende difícil de distinguir: se regula haciendo política y se hace política regulando. Asimismo, algunas atribuciones del regulador, como las de asesoría y opinión, son intrínsecamente de política. En realidad la única división válida es la que se da a través de una separación nítida de funciones y atribuciones.

La figura del órgano desconcentrado “atípico” trae consigo problemas políticos, regulatorios y legales. Desde la perspectiva política genera tensiones institucionales entre la Secretaría y el regulador: la primera se asume como patrón y el segundo como autónomo. Desde la perspectiva regulatoria el principio de “subordinación”, sea cual fuere su interpretación, fomenta la interferencia política que debe evitarse. Desde la perspectiva legal, para algunos simplemente no hay cabida para órganos desconcentrados con atribuciones propias en el marco de la

¹⁸⁵López Ayllón, Sergio (2007), op.cit.

¹⁸⁶Roldán Xopa, José (2007), Estado y Economía en México, Estrategias y Función del Derecho, Derecho comparado Asia-México, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

Administración Pública Central, caracterizada por una forma de organización jerarquizada; para otros no caben arreglos institucionales específicos que impliquen una interacción entre el Ejecutivo y Legislativo en atención al principio de “división de poderes” (a menos que, desde luego, dicha interacción esté prevista explícitamente en la Constitución). Precisamente, bajo el criterio actual de la Suprema Corte el Congreso puede otorgar atribuciones propias a desconcentrados mas no establecer reglas en materia de nombramientos o reportes que involucren la participación de un poder distinto al Ejecutivo.

Finalmente, y no menos trivial, figura puede provocar conflictos de interés (por ejemplo, la COFEMER revisando regulaciones de la propia SE, o el Titular de SENER, a donde pertenece la CRE, fungiendo como Presidente de PEMEX) o inconsistencias de política pública, por ejemplo, cuando el mandato del regulador y de la Secretaría al que pertenece son distintos (lo que podría darse entre la SE y CFC). Asimismo, debilita el liderazgo y presencia frente a otras dependencias para la implementación de políticas de corte transversal.

Cuando se diseñaron los nuevos reguladores en los 90, en lugar de darles una figura propia, simplemente se tomó una de las limitadas opciones del menú administrativo que data de los 70. Queda claro que los nuevos modelos de gestión pública exigen reguladores autónomos y, para lograr tal cometido, es fundamental darles la forma jurídica apropiada. La naturaleza desconcentrada no responde a dicha necesidad, particularmente en un país – como lo es México - con alta proclividad a la interferencia política.

4.2 Constitucionalidad de los reguladores

La conveniencia de política pública del regulador es incuestionable y ha sido debidamente abordada a lo largo del presente estudio. Sin embargo la noción no deja de presentar interrogantes en materia estrictamente constitucional: ¿puede un órgano administrativo estar dotado de autonomía y atribuciones originarias? ¿acaso el Titular del Ejecutivo está imposibilitado para instruir a dichos órganos, a pesar de que pertenecen al aparato que constitucionalmente encabeza y dirige? A propósito de ciertos arreglos institucionales específicos ¿puede existir algún tipo de interacción o colaboración entre el Ejecutivo y Legislativo?

4.2.1 Criterios de la SCJN

La característica fundamental del regulador - tener competencias originarias que no se sujetan al poder de instrucción o revisión de los mandos superiores - no ha sido rechazada. Ningún recurso constitucional ha prosperado sobre esta base.

La SCJN ha sostenido, por ejemplo, que la autonomía técnica, funcional y operativa de la CFC es constitucional en virtud que atiende un bien jurídico tutelado por el artículo 28 Constitucional (proceso de competencia y libre concurrencia); que la propia Constitución faculta al Congreso para fijar las bases jurídicas necesarias para el eficaz funcionamiento de los órganos desconcentrados; y que el principio de subordinación y dependencia debe examinarse en un contexto más amplio que

incluya otros elementos.¹⁸⁷

Con motivo de la acción de inconstitucionalidad 26/2006¹⁸⁸ la SCJN validó diversas atribuciones otorgadas a la COFETEL mediante las reformas a la LFT de 2006 (artículo 9-A).¹⁸⁹ El principal argumento (que sentó jurisprudencia) fue la facultad constitucional del Congreso – conforme al artículo 90 y 73 constitucionales – para expedir las leyes que sean necesarias para hacer efectivas las facultades que la Constitución concede a los Poderes de la Unión, lo que incluye la creación de dependencias u órganos de la Administración Pública Federal.¹⁹⁰ La Corte también concluyó (sin sentar jurisprudencia) que las facultades otorgadas a la COFETEL (“un órgano dentro de otro órgano”) debían entenderse como propias de la SCT.¹⁹¹

¹⁸⁷Ver tesis en anexo A1-A3. (1) COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL ESTABLECER LA NATURALEZA DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. (2) COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE SUBORDINACIÓN JERÁRQUICA DE LOS ÓRGANOS DESCONCENTRADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL CENTRALIZADA, ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. (3) COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. TIENE LEGITIMACIÓN PASIVA EN CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL, PUES EMITE RESOLUCIONES CON PLENA AUTONOMÍA.

¹⁸⁸Acción de Inconstitucionalidad 26/2006 promovida por Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión en contra del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la LFT y de la LFRT.

¹⁸⁹Registrar tarifas e imponer obligaciones específicas, recibir el pago por concepto de derechos, productos o aprovechamientos, intervenir en asuntos internacionales y las facultades en materia de radio y televisión.

¹⁹⁰Ver jurisprudencia en anexo A4. ÓRGANOS DESCONCENTRADOS DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL. EL CONGRESO DE LA UNIÓN TIENE FACULTADES PARA CREARLOS.

¹⁹¹Ver tesis en anexo A5-A6. (5) COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. EL ARTÍCULO 90-A, FRACCIÓN XVI, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, AL OTORGARLE FACULTADES EXCLUSIVAS EN MATERIA DE RADIO Y TELEVISIÓN, NO VIOLA LOS ARTÍCULOS 49 Y 89, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. (6) COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. LAS FACULTADES QUE LE FUERON OTORGADAS POR LA LEY FEDERAL RELATIVA SE ENTIENDEN COMO PROPIAS DE LA SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES.

“En efecto, de conformidad con el artículo 90 constitucional, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, expedida por el Congreso de la Unión, es el ordenamiento mediante el cual se distribuyen los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las secretarías de Estado y departamentos administrativos, y en éste se definen las bases generales de creación de las entidades paraestatales, dividiéndose la administración pública federal en centralizada y paraestatal, disposición que debe relacionarse con lo establecido en la fracción XXX del artículo 73 de la misma Constitución, que faculta al Congreso de la Unión para expedir las leyes que sean necesarias para hacer efectivas las facultades que la Constitución concede a los Poderes de la Unión, y para el caso concreto de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, además con la fracción XVII del propio numeral 73, que otorga al Congreso de la Unión la atribución de expedir leyes sobre vías generales de comunicación.”

“En este contexto, debe interpretarse que en el ejercicio de esas facultades, conferidas de manera amplia al Congreso de la Unión, éste puede crear aquellas dependencias que estime necesarias, pues el propio artículo 90 de la Constitución establece que el Congreso de la Unión podrá distribuir los negocios del orden administrativo de la Federación y definir las bases generales de creación de las secretarías y órganos que conforman esa instancia de gobierno, sin que se advierta que esta facultad se agote o se limite a la expedición de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.”¹⁹²

¹⁹²Acción de Inconstitucionalidad 33/2006.

Más recientemente, en la controversia constitucional 7/2009,¹⁹³ nuevamente en referencia a la COFETEL, la SCJN sostuvo que:

“...son las Leyes vigentes y relativas a la materia, las que le otorgan las facultades y naturaleza que le obligan a desarrollar sus distintas facultades. Por tanto, a diferencia de otros órganos administrativos cuyo origen y competencia (indirecta) se debe al Poder Ejecutivo Federal, en el caso de la citada Comisión, se advierte que no cabe la posibilidad de que sus características, facultades y atribuciones puedan ser afectadas, modificadas, disminuidas o eliminadas a partir de un reglamento de origen administrativo, sin que esto sea contrario a los artículos 16 y 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.”

...si atendemos que es el propio artículo 9-A, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, el que en su primer párrafo otorga autonomía técnica, operativa, de gasto y de gestión, encargado de regular, promover y supervisar el desarrollo eficiente y la cobertura social amplia de las telecomunicaciones y la radiodifusión en México, con autonomía plena de sus resoluciones, es dable interpretar que tal autonomía técnica no le exige guardar dependencia, ni condición de la aprobación del Secretario de Comunicaciones y Transportes, toda vez que ello rompería con el objeto de la naturaleza que le fue atribuida por medio de la ley en comento. En todo caso, la dependencia y subordinación jerárquica que se le otorga por considerarse órgano desconcentrado de la citada Secretaría, deberá limitarse a lo establecido en las leyes, toda vez que es en su contenido donde se le atribuye una competencia específica”.

¹⁹³Promovida por el Congreso de la Unión en contra del Reglamento Interior de la SCT publicado en el DOF el 8 de enero del 2009.

En el resolutivo de la acción de inconstitucionalidad 26/2006, la SCJN estableció que la facultad del Congreso para crear organismos desconcentrados no es absoluta y se encuentra sujeta a los límites impuestos, explícita o implícitamente, por la propia Constitución:

“...si se parte de la premisa de que la regla general es que compete al Ejecutivo definir la organización interna de sus dependencias, y que el Congreso lo puede hacer por excepción, a la luz de los principios y reglas establecidos en la Constitución; en caso alguno se podría crear un órgano bajo normas o reglas que impliquen una situación de intromisión, dependencia o subordinación indebidas. Por tanto, conforme a la ponderación de criterios de racionalidad y razonabilidad constitucionales respecto de la organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo, el Congreso de la Unión tiene obligación, cuando crea un órgano desconcentrado, de respetar su naturaleza y característica esenciales, las reglas que rigen para la administración centralizada a la que pertenece, y debe respetar las necesarias relaciones de jerarquía y subordinación que deben existir respecto de los órganos superiores, lo que supone el mantenimiento de los poderes del superior frente al inferior, entre otros, de mando, nombramiento, revisión, vigilancia y disciplinario, por supuesto considerando el grado de autonomía técnica, de gestión y operativa que requiere el órgano desconcentrado para el cumplimiento eficaz de sus funciones...Si el Congreso de la Unión crea unilateralmente un órgano desconcentrado desconociendo su naturaleza y características que han quedado señaladas, violaría el principio de división de poderes, por realizar una intromisión indebida en la organización y funcionamiento del poder Ejecutivo.”¹⁹⁴

¹⁹⁴Idem.

En este orden de ideas, la SCJN rechazó arreglos específicos establecidos por el Congreso: concluyó que el requisito de no objeción senatorial resulta inconstitucional para el caso de entidades de la Administración Pública Centralizada (lo que incluye órganos desconcentrados), al no prever la Constitución explícitamente facultades del Senado para tal efecto, y sobre todo, al considerar que el requisito hace nugatoria la facultad constitucional del Ejecutivo (artículo 89 fracción II) de nombrar libremente y sin injerencia de otro poder los funcionarios que integran la Administración.¹⁹⁵

A la misma conclusión se había llegado en la acción de inconstitucionalidad 33/2006,¹⁹⁶ cuya Ejecutoria estableció que los mecanismos de cooperación interinstitucional para el nombramiento de directores o administradores podría proceder en el ámbito paraestatal,¹⁹⁷ siempre que existiera una justificación para la intervención de otro poder.¹⁹⁸

Ver jurisprudencia en anexo A7. COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. LA OBJECCIÓN POR EL SENADO A LOS NOMBRAMIENTOS DE SUS COMISIONADOS, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 90.-C, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, VIOLA LOS ARTÍCULOS 49 Y 89, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Promovida por el Procurador General de la República en contra de los artículos 24 fracción II, 26, 28 fracción II, 31 y 37 de la Ley Federal de Competencia Económica publicados el 28 de junio de 2006 en el DOF.

De hecho, en la acción de inconstitucionalidad 23/2006 se consideró que el requisito de no objeción Senatorial era constitucional para el caso de NOTIMEX, dado que dicha agencia no expresaba el ejercicio de una función de política reservada al Ejecutivo.

Ver jurisprudencia en anexo A8. COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. LA OBJECCIÓN POR EL SENADO A LOS NOMBRAMIENTOS DE SUS COMISIONADOS, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 90.-C, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, VIOLA LOS ARTÍCULOS 49 Y 89, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

En esta acción, adicionalmente la Corte determinó por unanimidad que la obligación de la CFC de rendir un informe al Congreso resultaba inconstitucional por atentar contra el principio de división de poderes.¹⁹⁹

En la acción de inconstitucionalidad 26/2006, una mayoría no calificada validó la facultad del Congreso para establecer las modalidades del nombramiento de los Comisionados, en específico los períodos de ocho años y la remoción calificada (sólo por causa grave). Lo anterior porque: (i) la fracción II del artículo 89 constitucional prevé la posibilidad de que las leyes fijen tales condiciones y (ii) la remoción, incluyendo la causa calificada que la genera, queda en manos del Ejecutivo y no se sujeta a la intervención de otro poder. Inclusive los Ministros agregaron que dichas modalidades fortalecían la autonomía de gestión del organismo y creaban las condiciones para garantizar el exacto cumplimiento de los objetivos técnicos encomendados al mismo.²⁰⁰ Cabe señalar que en esta decisión hubo un ausente, un impedido y cuatro disidentes (por lo que es algo frágil).

A través de voto disidente el Ministro Góngora Pimentel estimó que la creación de la COFETEL como un órgano desconcentrado resultaba inconstitucional porque sus facultades en materia de radio y televisión no podían ser ejercidas por un órgano que guardara una relación de jerarquía con el presidente,

¹⁹⁹Ver jurisprudencia A9. COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 28, FRACCIÓN III, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE ESTABLECE QUE EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA DEBERÁ PRESENTAR AL CONGRESO DE LA UNIÓN UN INFORME ANUAL SOBRE EL DESEMPEÑO DE ESE ÓRGANO, TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

²⁰⁰Ver tesis en anexo A10. COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. EL ARTÍCULO 90.-D DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VULNERA LA FACULTAD DE LIBRE REMOCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.

Por su parte, la Ministro Sánchez Cordero estimó que la autonomía plena de la COFETEL para dictar sus resoluciones excedía notoriamente su naturaleza administrativa y rompía la relación de jerarquía y subordinación, lo que a su vez violentaba el principio de seguridad jurídica.

4.2.2 Análisis y crítica

El Ejecutivo es un Poder de la Unión mientras que la Administración Pública es auxiliar del primero. En su calidad de depositario único del Poder Ejecutivo, el Presidente responde en consecuencia del correcto funcionamiento de toda la estructura de organismos y entidades que integran la Administración Pública, lo que necesariamente exige un principio general de jerarquía y subordinación.

Sin embargo la noción se ha llevado al extremo, en particular para el caso de la Administración Central, de la cual forman parte la mayoría de los reguladores económicos. Muchos asumen como premisa grabada en piedra que, por ministerio constitucional, la Administración Central debe funcionar bajo un sistema estricto y ortodoxo de jerarquía (lo que en el peor de los casos invalida la naturaleza del regulador, y en el mejor, arreglos institucionales específicos). Por historia, tradición y la ley (no por virtud de la Constitución) el sistema administrativo mexicano ha girado alrededor de un modelo militar napoleónico: la Administración Pública Central se presenta como una estructura de órganos situados en distintos niveles, dependientes unos de otros bajo una relación jerárquica encabezada por el jefe máximo (el Presidente). Centralizar supondría reunir todas las atribuciones en un órgano central

bajo una línea de jerarquía directa e inmediata. Las herramientas jurídicas para lograr lo anterior a los distintos niveles son los poderes de mando, nombramiento y remoción, revisión, vigilancia y disciplina.²⁰¹

No obstante, nada en la Constitución exige que la jerarquía deba operar al máximo en todos y cada uno de los componentes de la Administración Pública Central. Si bien la jerarquía constituye un principio general admite variantes y modalidades. De otra forma los “desconcentrados atípicos” tendrían que ser tachados de inconstitucionales, en razón de que los poderes de mando, revisión e instrucción no aplican (aunque sí los de nombramiento, vigilancia y disciplina). La jerarquía, pues, no debe suponer un acumulativo de todos los factores, sino la existencia de los que resulten suficientes a fin que el órgano administrativo en cuestión forme parte armónica de la Administración y esté sometido una tutela razonable del Ejecutivo. Si la noción ha sido aceptada para el ámbito paraestatal, que funciona con niveles importantes de autonomía y separado del poder central, nada impide que la lógica se extienda para ciertos casos del ámbito central (cuando exista debida justificación para ello). En este sentido, tal y como está la Constitución no deberían impedimentos para que el Congreso otorgue cierta autonomía a componentes del ámbito central.

²⁰¹Poder de mando: facultad de ordenar o dar instrucciones a los mandos inferiores. Poderes de nombramiento y remoción: facultad para designar o remover a los mandos inferiores. Poder de revisión: facultad de modificar o rechazar el acto emitido por un mando inferior mediante un recurso administrativo. Poder de vigilancia: facultad de supervisar el desempeño del mando inferior en el ejercicio de sus responsabilidades oficiales. Poder de disciplina: poder de imponer sanciones a los mandos inferiores por la ejecución indebida de sus responsabilidades oficiales.

No debe existir duda sobre la constitucionalidad de los órganos desconcentrados “atípicos”, es decir, órganos desconcentrados con atribuciones propias a los que no aplica el principio de subordinación respecto de la Secretaría de la que forman parte. Dos elementos nos parecen clave. Primero - como hemos expuesto anteriormente - el principio de subordinación a que hace referencia la LOAPF no deriva de la Constitución y la propia LOAPF no aplica en estos casos: son leyes posteriores y específicas de igual rango las que han establecido la naturaleza de estos reguladores. Segundo, el principio de jerarquía debe verse de forma más amplia y flexible. En este sentido consideramos que el “desconcentrado atípico” cumple con suficientes factores de jerarquía debido a que:

- El Ejecutivo nombra a sus integrantes y conserva la potestad de removerlos (así sea por causa calificada);
- El Ejecutivo puede emitir en cualquier momento reglamentos de las leyes bajo las cuales actúan, incluyendo los respectivos Reglamentos Interiores;
- Los reguladores deben sujetarse a todas las leyes de aplicación transversal a la Administración Pública Federal, por ejemplo en materia de administración pública, procedimiento administrativo, fiscalización, planeación, presupuesto y responsabilidades, lo que garantiza una alineación con las políticas gubernamentales; y
- Están claramente sujetos a los poderes de “remoción”, “vigilancia” y “disciplina”.

De igual forma, tampoco debe verse a la Administración inmersa en un sistema de división de poderes que no admite ningún tipo de interacción a menos que la misma esté explícitamente prevista en la Constitución. La interacción debe analizarse de forma comprensiva, a la luz de sus efectos materiales y los fines perseguidos, no desde una perspectiva meramente formal. El Estado es un concepto indivisible y la distinción de poderes obedece a razones funcionales. Los poderes deben interactuar y colaborar entre sí en aras de su mejor funcionamiento, lo que no necesariamente equivale a la sumisión de un poder hacia otro. De hecho, prácticamente ningún país en el mundo funciona sobre la base de una división de poderes pura y absoluta; Estados Unidos, el primer país en adoptar el principio a nivel constitucional, fue también el primero en abandonarlo.

Para el tema de los reguladores esta visión imposibilita al Congreso legislar ciertos arreglos que en cualquier parte son considerados sanas prácticas.

Por ejemplo, la Corte tachó de inconstitucional la obligación del regulador de entregar un reporte al Congreso, obligación que en realidad no implica ningún tipo de sometimiento o merma jurídica en cuanto al ejercicio de las atribuciones del regulador. Por el contrario, el informe (que no se sujeta a ningún tipo de aprobación) constituye meramente un mecanismo de transparencia que permite a la sociedad conocer las labores del regulador y hacer juicios sobre su desempeño. Aunque la conclusión no parece ser significativa (ya que casi todos los reguladores elaboran de cualquier forma un informe anual de carácter público) sí evidencia una rígida concepción del principio de división de poderes así como un obstáculo

constitucional para que el Congreso legisle el diseño institucional óptimo de los reguladores.

Por otra parte, el tema de objeción senatorial podría ser más debatible, porque a diferencia del reporte el requisito implica un límite real al Ejecutivo, pero el asunto es igualmente superable. La propia Constitución faculta al Congreso tanto para establecer las bases de la Administración Pública Federal (artículo 90) así como para legislar explícita e implícitamente las diversas materias en las que participan los reguladores (artículo 73), sin mayores calificativos. Si bien estas facultades no deben entenderse como absolutas y deben ejercerse de una manera compatible con la facultad constitucional del Ejecutivo de conducir la política gubernamental, la realidad es que la creación de los órganos reguladores - o el establecimiento de modalidades razonables que fortalezcan su autonomía, gestión y rendición de cuentas - no disminuye dicha facultad, sino por el contrario, la facilita y maximiza.

Es simplemente una cuestión de grado: el Congreso puede legislar las bases de la Administración Pública siempre y cuando no prive o interfiera de manera significativa la función administrativa del Ejecutivo. Ciertamente, la estructura jerarquizada debe prevalecer en lo general, pero se admiten variantes y grados, sobre todo cuando la realidad exige modelos más modernos de gestión pública. Cualquier líder responsable reconocería la conveniencia de confiar ciertos menesteres a entidades administrativas autónomas. Los reguladores conjuntamente con sus arreglos institucionales considerados como mejores prácticas, se sitúan en la línea de lo constitucionalmente permisible al ser producto de una decisión legislativa racional, compatible con la encomienda administrativa del Ejecutivo y sustentada en fundamentos sólidos de política pública.

Finalmente, es importante recordar que, bien diseñados, los reguladores contribuyen a cristalizar una serie de valores reconocidos constitucionalmente sea explícita o implícitamente (interés público, desarrollo, equidad, bienestar, democracia, competencia, etc). Bajo una ponderación de intereses, esos valores constitucionales deben tener mayor valor que otros de tipo formal. Una lectura moderna de cualquier Constitución exige una tutela de los intereses colectivos del Estado. Luego entonces los reguladores, lejos de minimizar, maximizan el contenido normativo de la Constitución. Sostiene García de Enterría:

“Sólo en estos casos, esto es, cuando la neutralización inherente a la separación o independización características de esta figura venga exigida por la realidad y avalada por un apreciable consenso social y se sustente en algún valor constitucionalmente relevante, cuyo mejor servicio lo reclame, podrá considerarse constitucionalmente legítima la creación de estas entidades con autonomía reforzada, autonomía que, por lo demás, nunca podrá traducirse con una ruptura total de los vínculos de unión que siempre han de existir entre ellas y el Gobierno y el Parlamento. Tampoco, por supuesto, se tratará nunca de pretender una exención de control judicial”.

*“No hay, pues, independencia en sentido propio, ni tampoco ruptura propiamente dicha de los lazos con el Gobierno y el Parlamento, contraria a los principios constitucionales, sino, mas bien, un simple reforzamiento de la autonomía de gestión para el mejor servicio de los valores que la Constitución proclama”.*²⁰²

²⁰²García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (2006), Curso de Derecho Administrativo I, Primera Edición anotada de la Duodécima Edición, Civitas Ediciones, Madrid.

4.3 Propuesta de reforma: una nueva figura

Para que gocen de mandato y autonomía sólidas y sobre todo eficacia jurídica e institucional en sus actuaciones, urge dotar a los reguladores de una nueva forma legal. Existen dos alternativas: (1) dentro del menú administrativo actual convertir a los reguladores en organismos descentralizados sectorizados o no sectorizados o (2) crear una nueva categoría dentro de la Administración Pública Central. Nos inclinamos por la segunda alternativa por tres razones: primero, la Administración Pública Central es la que tiene la vocación regulatoria debido a que las diversas funciones regulatorias deben permanecer entrelazadas y conservar una unidad de acción. Segundo, por razones jurídico-administrativas, es importante que el regulador se sujete a una serie de ordenamientos legales aplicables al ámbito central. Tercero, para ejercer una función regulatoria (a diferencia de una empresarial) realmente no se requiere ni se justifica una personalidad jurídica y patrimonio propios, sino por el contrario, dichas características podrían implicar una serie de cargas administrativas adicionales.

Cierto, existen algunos organismos descentralizados que ejercen netamente funciones de autoridad, aunque son los menos. Pero ello no sienta las bases para descentralizar a borbotones. La administración paraestatal tiene una vocación preponderantemente promotora, empresarial y de asistencia social.²⁰³ Vaciar atribuciones regulatorias de forma ilimitada del ámbito central al paraestatal

²⁰³Conforme la Ley Federal de Entidades Paraestatales le corresponde a los organismos descentralizados (la única forma que en todo caso un regulador podría adoptar): (i) la realización de actividades correspondientes a las áreas estratégicas o prioritarias, (ii) la prestación de un servicio público o social o (iii) la obtención o aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social. Desde luego que existen excepciones. Algunas leyes específicas han creado organismos descentralizados con funciones netamente regulatorias; tal es el caso, por ejemplo, del IMPI, la PROFECO o la CONDUSEF.

es jugar contra natura. “Se estaría feudalizando el poder, alterando la división de poderes y anulando las potestades del Ejecutivo para cumplir con sus responsabilidades constitucionales. Las atribuciones de autoridad deben ser otorgadas en forma prevalente a la administración centralizada y los organismos descentralizados deben estar sometidos a su tutela”.²⁰⁴ Como hemos sostenido anteriormente, la autonomía no es en sí misma un fin. Lo que importa es dotar al regulador de los arreglos suficientes para que haga bien su labor y de forma consistente con las demás políticas regulatorias y administrativas.

La propuesta es simple: crear las entidades reguladoras autónomas, que se sumarían a la Consejería del Ejecutivo y las dependencias como integrantes de la Administración Pública Centralizada (podría aprovecharse para derogar los Departamentos Administrativos actualmente en desuso). Lo anterior implica una reforma a la LOAPF. Asimismo, se propone categorizar la figura a nivel constitucional (artículo 90) y otorgar al Congreso la facultad de legislar los arreglos institucionales consiguientes, lo que solventaría las inconstitucionalidades declaradas y blindaría a futuro cualquier cambio de criterio de la Corte.²⁰⁵ Se propone también establecer como facultad exclusiva del Senado la ratificación de los titulares o integrantes de los cuerpos colegiados de los “organismos reguladores autónomos”. Todo lo anterior permitiría ajustar legalmente a los reguladores conforme las mejores prácticas. Desde luego que la atribución del Congreso tendría que ejercerse de forma compatible con la del Ejecutivo de conducir la Administración, por lo que en cualquier caso deben prevalecer ciertos elementos que garanticen

²⁰⁴Roldán Xopa, José (2008), *Derecho Administrativo*, Ed. Oxford, México.

²⁰⁵Recordemos que los diversos temas fueron votados de manera diferente. Algunas conclusiones tuvieron más adeptos que otras.

la pertenencia de la entidad al aparato administrativo y un grado razonable de tutela y control (no interferencia) por parte del Ejecutivo (por ejemplo, la posibilidad de remover a los titulares bajo causa calificada sin intervención de otro Poder).

Constitución Política

Díce:	Diría:
<p>Artículo 90. La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.</p> <p>La (Las, sic DOF 02-08-2007) leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado.</p>	<p>Artículo 90. La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.</p> <p>La (Las, sic DOF 02-08-2007) leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado.</p> <p>La Administración Pública centralizada contará con organismos reguladores dotados de atribuciones y autonomía en los términos que señalen las leyes.</p>

Díce:	Diría:
<p>Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:</p> <p>I...</p> <p>II. Ratificar los nombramientos que el mismo funcionario haga del Procurador General de la República, Ministros, agentes diplomáticos, cónsules generales, empleados superiores de Hacienda, coroneles y demás jefes superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, en los términos que la ley disponga;</p> <p>III-XII...</p>	<p>Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:</p> <p>I...</p> <p>II. Ratificar los nombramientos que el mismo funcionario haga del Procurador General de la República, Ministros, agentes diplomáticos, cónsules generales, empleados superiores de Hacienda, titulares o integrantes de los cuerpos colegiados de los órganos reguladores autónomos, coroneles y demás jefes superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, en los términos que la ley disponga;</p> <p>III-XII...</p>

LOAPF

Díce:	Diría:
<p>Artículo 1o.- La presente Ley establece las bases de organización de la Administración Pública Federal, centralizada y paraestatal.</p> <p>La Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, integran la Administración Pública Centralizada.</p>	<p>Artículo 1o.- La presente Ley establece las bases de organización de la Administración Pública Federal, centralizada y paraestatal.</p> <p>La Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Organismos Reguladores Autónomos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, integran la Administración Pública Centralizada.</p>

Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos, componen la administración pública paraestatal.

Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos, componen la administración pública paraestatal.

4.4 Conclusiones del Capítulo Cuarto

La figura de órgano desconcentrado disminuye la capacidad institucional de los reguladores, los márgenes de maniobra para legislar sus bases y la probabilidad de alcanzar con éxito los fines de política pública correspondientes. Por razones funcionales y jurídicas, los reguladores merecen una figura propia dentro de la Administración Pública Central. Para tal efecto, proponemos categorizar la figura en la Constitución y reformar la LOAPE. No consideramos conveniente un vaciado de funciones regulatorias al ámbito paraestatal y mucho menos una autonomía constitucional.

CAPÍTULO QUINTO

Relación con el Poder Judicial Resumen Ejecutivo

El presente capítulo expone que un regulador, aunque dotado de los arreglos necesarios y suficientes, no podrá cumplir con su labor, de no darse una serie de cambios sistémicos en el Poder Judicial. Explica que el sistema jurídico mexicano, caracterizado por un formalismo y legalismo ortodoxos, se ha traducido en una excesiva "judicialización" de las decisiones administrativas, lo que conduce a una parálisis regulatoria. El hecho es que los particulares tienen una amplia gama de oportunidades para dilatar o suspender en definitiva la aplicación de medidas de interés público. Se propone establecer tribunales especializados en materia de regulación económica, para lo que no se requiere reformar la ley, que serían a la vez los indicados para consolidar un sistema de deferencia judicial mediante el cual las decisiones de los reguladores no podrían ser rechazadas a menos que sean notoriamente ilógicas, caprichosas o arbitrarias. Lo anterior, evitaría también que los tribunales, al no conocer el fondo, pongan énfasis desmesurado en la forma. Se propone finalmente, fortalecer la capacidad materialmente legislativa de los reguladores, así como evitar el paso intermedio ante el TFJFA, regla que aplica en la actualidad para las decisiones emitidas por el Pleno de la CFC.

La noción de los reguladores se tomó del modelo anglosajón y se insertó de manera abrupta en un sistema de derecho constitucional y administrativo rígido y estricto. No únicamente chocó - y lo sigue haciendo - con el aparato administrativo, que gira alrededor de un esquema ortodoxo de subordinación y división de poderes, sino también con un sistema judicial rígido, acostumbrado a resolver conflictos sobre bases excesivamente legalistas. A veces los reguladores simplemente dictan defectuosamente sus resoluciones y merecen ser rechazadas. Pero en otras ocasiones, para los jueces parece más importante hacer valer expresiones formales y tecnicismos que velar por el bien jurídico tutelado. El sistema judicial mexicano se caracteriza por dar un énfasis desmesurado al contenido y aspecto formal de las reglas y formalidades como si fueran un fin, valioso per se. A cambio, no analiza o descuida y hasta elude, a veces, resolver los conflictos en su esencia, declinando considerar los principios, fines y razones de las instituciones jurídicas.”²⁰⁶ Lo anterior, suele suceder más a menudo cuando los jueces no entienden el fondo del asunto o desconocen la materia.

El derecho mexicano ofrece diversas alternativas para controvertir una decisión administrativa.²⁰⁷ El camino es largo y las oportunidades para dilatar o nulificar una decisión, son muy amplias, lo cual es correcto cuando ésta no satisface el debido proceso o es arbitraria, pero no, como muchas veces sucede, cuando incumple tecnicismos o formalismos inocuos, o cuando el tribunal tiene desacuerdos sustantivos. Lo anterior menoscaba la eficacia del sistema regulatorio y provoca que los intereses particulares se sobrepongan al interés público. En algunos casos,

²⁰⁶Tron Petit, Jean Claude (2008), ¿Qué es y cómo debe funcionar un tribunal especializado en propiedad intelectual? En <http://jeanclaude.tronp.com/>

²⁰⁷Recurso de revisión, juicio de nulidad y juicio de amparo (directo o indirecto).

la propia decisión pierde sentido (aún se sostenga al final) al cambiar las circunstancias bajo las cuales fue emitida. No hay que olvidar que los reguladores vigilan fenómenos de tremendo dinamismo.

La excesiva “judicialización” ha afectado de forma particular la regulación de telecomunicaciones y competencia. El sector de las telecomunicaciones en México, se ha desarrollado en medio de una gran cantidad de contiendas judiciales que han paralizado el ejercicio regulatorio de la COFETEL. Sólo en 2002 el número de amparos contra sus decisiones fue de 200, a lo cual habría que agregar los litigios entre las empresas.²⁰⁸ “Desde los primeros actos realizados por la COFETEL, los concesionarios de telecomunicaciones han utilizado los medios de impugnación como una manera de retrasar el cumplimiento de las resoluciones de autoridad, para evitar la entrada de nuevos competidores, realizar prácticas anticompetitivas, dilatar la interconexión y acceso de competidores a recursos esenciales, todo ello en detrimento indiscutible del público en general. Los medios de impugnación, cuyos orígenes son poner un límite a los actos del gobierno frente a los gobernados, ahora son los medios para consolidar prácticas anticompetitivas y retrasar acciones que beneficiarían a los usuarios.”²⁰⁹

Por su parte, para la CFC el principal obstáculo al inicio fue precisamente la excesiva judicialización de las decisiones, con tiempos de revisión muy largos y el rechazo frecuente

²⁰⁸Mariscal, Judithy Rivera, Eugenio (2007), Regulación y competencia en las telecomunicaciones mexicanas, Serie estudios y perspectivas, No. 83, CEPAL.

²⁰⁹Álvarez, Clara Luz, op.cit.

de las decisiones por parte de los tribunales.²¹⁰ El número de solicitudes de amparo y nulidad administrativa se incrementaron de forma importante entre 1998 y 2003, disminuyeron entre 2004 y 2005 y se estabilizaron a partir de 2006. Aunque en fechas recientes el porcentaje de casos ganados por la CFC ha ido en aumento,²¹¹ todas las decisiones importantes del regulador pasan por un largo camino de revisión judicial, tiempo en el que la decisión es suspendida sin que la CFC pueda ordenar medidas cautelares. Además, del total de multas impuestas, sólo un porcentaje menor de éstas terminan siendo efectivamente pagadas (el 12.48%, ver nota 72), en gran parte por las enormes oportunidades de cuestionar la decisión vía tribunales.

En resumen, México sufre de un abuso del sistema de revisión administrativa y judicial, incluyendo desde luego el amparo. El sistema en general no distingue la diferencia entre la revisión de decisiones administrativas que afectan los intereses de un particular, frente a decisiones regulatorias de alto impacto en el interés público. Mientras que la forma de regular ha cambiado, el sistema jurídico permanece estático. En este orden de ideas, por más sólidos y apropiados que sean los arreglos institucionales del regulador, éste jamás podrá cumplir su función, si el sistema jurídico general no está diseñado, preparado y capacitado para manejar, respetar y analizar los respectivos esquemas regulatorios.

²¹⁰Desde la creación de la CFC hasta 2004, el Poder Judicial ha resuelto 375 amparos, de los cuales 35% han sido resueltos en menos de un año y 23% entre 3 y 5 años. El resto han sido resueltos en plazos mayores. Algunos casos son notorios: en 1997 la CFC había declarado a Telmex con poder sustancial en cinco mercados (telefonía local, larga distancia nacional e internacional, transporte interurbano y acceso). La declaratoria fue invalidada después de 10 años!

²¹¹Los datos de 2008 son positivos: de 54 amparos resueltos en 2008 la CFC ganó 79%. No obstante, los datos no indican mucho en lo cualitativo (indicar, de los casos más relevantes, los casos ganados). Asimismo, el porcentaje de casos ganados incluye los sobreseimientos, los cuales en realidad no deben computar como juicios ganados. Fuente: Informe Anual CFC 2008.

5.1 Discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados y “deferencia judicial”

5.1.1 Discrecionalidad

Una autoridad que actúa sobre la base de una atribución legal puede hacerlo de formas muy distintas, dependiendo de la naturaleza de la atribución, así como de la ley que aplica. A veces, a la autoridad simplemente se le asigna la función de verificar los supuestos de hecho y aplicar las consecuencias de derecho, todos ellos específicamente delimitados (“potestad reglada”). De cierta forma, se automatiza la actuación administrativa y se elimina cualquier juicio subjetivo. Otras veces, la ley prevé un supuesto legal que incluye alternativas de actuación o elementos indeterminados cuyo alcance e interpretación, así como condiciones y circunstancias de aplicación, quedan en manos de la autoridad (“potestad discrecional”).

Dentro de las facultades discrecionales podemos distinguir las de actuación y las de apreciación. Por ejemplo, el Ejecutivo tiene una facultad discrecional para emitir reglamentos (puede decidir si la ejerce o no) o un Ministerio puede tener la facultad discrecional para interpretar una ley específica. Para efectos de este estudio, nos interesa la facultad discrecional de actuación.

La aplicación de los supuestos legales reglados o amplios son técnicas legítimas si se utilizan para el fin correcto: las reglas otorgan mayor certeza jurídica, pero dada su rigidez, suelen regular de más o de menos y privilegiar el formalismo sobre el objetivo subyacente. Los supuestos amplios, por su parte, ofrecen flexibilidad pero presentan el riesgo de la arbitrariedad o inconsistencia. En realidad, todos los sistemas

jurídicos combinan ambas técnicas, si bien en distintos grados. Algunas áreas llaman de forma natural a las reglas (e.g. materia penal o fiscal), mientras otras a los estándares, principios, conceptos jurídicos indeterminados y el uso de la potestad discrecional (e.g. competencia económica). Explica García de Enterría:

*“La necesidad de apreciaciones de circunstancias singulares, de estimación de la oportunidad concreta en el ejercicio del poder público, es indeclinable y ello alimenta inevitablemente la técnica del apoderamiento discrecional... Hay por ello, potestades que en sí mismas son y no pueden dejar de ser en buena medida discrecionales... en general, todas aquellas que implican ejercicio respecto de soluciones alternativas. Todo esto no es mecanizable en fórmulas fijas y regladas. Es más, la atribución de la Administración de muchas funciones, se hace buscando justamente para su gestión, la estimación subjetiva de la oportunidad que la técnica de la discrecionalidad permite y sólo por ello”.*²¹²

El regulador económico está llamado a aplicar un conjunto de supuestos amplios, abstractos y flexibles (“conceptos jurídicos indeterminados”), cuya lectura y circunstancias de aplicación en el caso concreto, sólo se logran mediante una “discrecionalidad técnica”. La razón es simple: los reguladores regulan fenómenos

²¹²García de Enterría, Eduardo (2006), op. cit.

²¹³Sostiene, sin embargo, García de Enterría que la apreciación de un concepto jurídico indeterminado no debe verse – bajo el derecho español - como parte del ejercicio de una facultad discrecional sino reglada. Lo anterior, porque la interpretación respectiva sólo admite “una solución justa”. No obstante, al mismo tiempo, las autoridades administrativas gozan de una “discrecionalidad técnica” lo que significa el respeto a sus decisiones salvo se configuren las causales de control judicial. En la práctica, sin embargo, la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados se realiza mediante una apreciación administrativa. Ver García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (2006), op. cit.

altamente complejos y dinámicos que requieren la investigación, análisis, estudio y apreciación de hechos y circunstancias particulares. Aunque su mandato y atribuciones deben estar claramente plasmados en ley, un regulador efectivo debe tener espacio importante para interpretar y aplicar la ley que administra. La regulación económica no puede definirse de forma absoluta “ex ante” ya que “no es mecanizable en fórmulas fijas y regladas”.

La discrecionalidad no es una libertad irrestricta y debe ejercerse bajo ciertos parámetros, de forma congruente con el contexto normativo y los objetivos de política pública. Luego entonces, los riesgos referidos de la discrecionalidad se abaten mediante el control judicial; el juez puede intervenir a diversos niveles, desde limitarse a revisar la forma legal y procesal de la decisión, hasta alterar o inclusive sustituir los razonamientos de fondo. Las mejores prácticas indican que los mecanismos de control deben ser equilibrados: revisar el debido proceso y respetar el fondo, salvo que sea notoriamente ilógico, caprichoso o arbitrario, en particular cuando el contenido de los actos administrativos es de elevada complejidad técnica. En estos casos, ante la dificultad de prueba o de conocer y evaluar adecuadamente una realidad fáctica inaccesible para no expertos, la tendencia aconseja que el control judicial se limite a controlar dichos desvíos.²¹⁴

²¹⁴Tron Petit, Jean Claude (2009), El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional. En: <http://jeanclaude.tronp.com/>

5.1.2 “Deferencia judicial” en Estados Unidos

Los sistemas jurídicos anglosajones, de una tradición más afín a los estándares, han desarrollado esquemas para fortalecer los esquemas regulatorios, sin menoscabo de los principios constitucionales y jurídicos aplicables. En Estados Unidos, por ejemplo, existe la doctrina de “deferencia judicial” (“judicial deference”) que en términos generales funciona a dos niveles.

En 1984 la Corte Suprema de Estados Unidos estableció la doctrina Chevron,²¹⁵ cuya regla general establece que una corte debe sostener la interpretación que una agencia haga de una ley que administra, a menos que (i) “la intención del Congreso sea clara” respecto de “la pregunta específica en cuestión” y (ii) que la interpretación de la agencia sea “razonable”. Luego entonces, la moción en contra de la interpretación de una disposición legal por una agencia, debe ser rechazada cuando se trata de la elección de una alternativa razonable, en el marco de un vacío dejado por el Congreso. En dicho caso, los jueces federales tienen un deber de respetar las alternativas legítimas de política efectuadas por los que sí los tienen.²¹⁶

Posteriormente, en Mead²¹⁷ la Corte hizo calificativos adicionales: para que una decisión administrativa goce de la “deferencia Chevron” tienen que satisfacerse dos requisitos: (i) que el Congreso haya delegado autoridad (explícita o implícitamente) a la agencia para emitir reglas “con fuerza de ley” y (ii) que la interpretación de la agencia haya sido afectuada

en el ejercicio de dicha autoridad.²¹⁸ Sostuvo al respecto la Corte Suprema de los Estados Unidos:

“Cuando el Congreso explícitamente ha dejado un vacío a ser llenado por la agencia, existe una delegación expresa de autoridad a la agencia para elucidar una disposición específica de la ley a través de regulación, y cualquier regulación es obligatoria para las cortes, a menos que sea procesalmente defectuosa, arbitraria o caprichosa en sustancia, o manifiestamente contraria a la ley”. (traducción del autor)

“Por la autoridad general conferida a la agencia y por otras circunstancias legales, parece ser que el Congreso esperaría que la agencia actúe con la fuerza de la ley cuando resuelve una ambigüedad o vacío de ley, inclusive si el Congreso no tenía en realidad una intención para un resultado en particular. Cuando las circunstancias infieran que esa expectativa existe, una corte de revisión no tiene injerencia para rechazar el ejercicio de la autoridad general conferida a la agencia simplemente porque la alternativa de la agencia le parece poco sabia, por el contrario, está obligada a aceptar la posición de la agencia, si el Congreso no se ha pronunciado sobre el punto en discusión y la interpretación de la agencia es razonable”.²¹⁹ (traducción del autor)

La lógica Chevron-Mead es simple, al menos en concepto: si el Congreso ha otorgado la responsabilidad de una tarea a una

²¹⁵Chevron USA Inc v Natural Resources Defense Council Inc, 467 US 837 (1984).

²¹⁶Chevron, op. cit.

²¹⁷United States v Mead Corp, 533 US 218 (2001)

²¹⁸Levin, Ronald M. (2002), Mead and the Prospective Exercise of Discretion, Administrative Law Review, Vol. 51, No. 3.

²¹⁹Mead, op. cit.

autoridad administrativa, la Corte no debe apropiarse de dicha responsabilidad. Las opciones de política pública, dentro de los límites de la ley y la autoridad conferida, deben ser ejercidas por la agencia.²²⁰

Si la decisión no goza “deferencia Chevron”, puede sin embargo, beneficiarse de la “deferencia Skidmore”²²¹ que establece que la interpretación de una agencia merece cierta deferencia dado su conocimiento especializado. En este caso, la interpretación de la agencia, en lugar de tener un “poder de control”, tiene un “poder de persuasión” en la medida que la interpretación de la agencia reúna ciertos atributos cualitativos, a saber: (i) la profundidad de la investigación, (ii) la validez del razonamiento, (iii) la consistencia de la interpretación a través del tiempo y (iv) otros poderes persuasivos. El criterio ha sido reafirmado en casos recientes.²²²

En términos más prácticos, la “deferencia Chevron” aplica a los actos formales de la agencia emitidos bajo su autoridad de ley, mientras que la “deferencia Skidmore” (de menor nivel) aplica a actos de naturaleza más informal tales como objetivos declarados de política, manuales, cartas, guías y declaraciones. Bajo Chevron, el principio toral de la deferencia radica en la delegación del Congreso mientras que en Skidmore en el valor persuasivo que pueda tener la interpretación de la agencia.²²³ Chevron demanda una verdadera deferencia, con pocas posibilidades de rechazo por parte de los tribunales, mientras que en Skidmore, invita a un escrutinio judicial detallado.

²²⁰Levin, Ronald M. (2002), op. cit.

²²¹Skidmore v Swift & Co, 232 US 134 (1944).

²²²Christensen v Harris County, 529 US 576 (2000).

²²³Krotoszynski, Ronald J. (2002), Why Deference? Implied Delegations, Agency Expertise and the Misplaced Legacy of Skidmore, 54 Administrative Law Review 735.

El sistema de deferencia no está exento de debate. Algunos critican que los criterios para aplicar la deferencia Chevron - calificada por Mead, son vagos y difíciles de determinar (lo que también fractura los niveles de deferencia).²²⁴ El debate toma más fuerza para el tema de la delegación implícita. Pero en cualquier caso, las decisiones más trascendentales de los reguladores en Estados Unidos, rara vez son rechazadas por los tribunales.

En otros países existen nociones similares. En España, por ejemplo, se reconoce la “discrecionalidad técnica” aunque sujeta a un enjuiciamiento mínimo. “Admite generalmente la jurisprudencia el control normal de la discrecionalidad referido a la existencia de hechos determinantes, competencia del órgano, procedimiento, o en su caso, la desviación de poder por indebida utilización de las potestades en atención a los fines públicos, e incluso, en último término, por el juego de los principios generales del derecho, entre el que se encuadra el de interdicción de la arbitrariedad”.²²⁵

²²⁴Sobresale la opinión disidente del Ministro Scalia, quien afirmó que las consecuencias de Mead “serán enormes y casi todas uniformemente malas”. Ver también Healy, Michael (2002), Spurious Interpretation Redux: Mead and the Shrinking Domain of Statutory Ambiguity, 54 Administrative Law Review 673; Howarth, Cooley (2002), Unites States v Mead Corp: More Pieces for the Chevron/Skidmore Deference Puzzle, 54 Administrative Law Review 699; Jordan, William (2002), Judicial Review of Informal Statutory Interpretations: the Answers in Chevron Step Two, Not Christensen or Mead, Administrative Law Review, Vol. 54, No. 2.

²²⁵Peñarrubia Iza, Joaquín M. (1995), La Moderna Jurisprudencia sobre Discrecionalidad Técnica, Revista de Administración Pública, No. 126, Madrid, España.

5.1.3 Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa en México

En México, la Suprema Corte ha establecido por jurisprudencia que el legislador, por no ser omnisciente y desconocer de antemano las combinaciones y circunstancias futuras de aplicación, establece conceptos jurídicos indeterminados, lo cual en sí mismo no resulta inconstitucional, ni implica que la autoridad administrativa pueda actuar de forma arbitraria.²²⁶ En materia de competencia, por ejemplo, se ha establecido que el artículo 3 de la LFCE no viola la garantía de seguridad jurídica por el hecho de no definir el concepto de “agente económico”.²²⁷

Sin embargo, el que un concepto jurídico indeterminado no sea por sí mismo inconstitucional no quiere decir que no haya disposiciones que, dada su excesiva generalidad, sí lo sean al poner al gobernado en virtual estado de indefensión. La indeterminación de los conceptos jurídicos tiene límites: el legislador no puede elaborar leyes en blanco, carentes de los mínimos referentes de actuación y control de la autoridad, de manera que den pauta, posibiliten y faciliten la arbitrariedad.²²⁸ Bajo dichas consideraciones, por ejemplo, se ha considerado inconstitucional el último párrafo del artículo 256 del Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal, que prevé la revocación

²²⁶Ver jurisprudencia en anexo A11. LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO DEPENDE DE QUE ESTABLEZCAN CONCEPTOS INDETERMINADOS.

²²⁷Ver jurisprudencia en anexo A12. COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 3o. DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA POR EL HECHO DE NO DEFINIR EL CONCEPTO “AGENTES ECONÓMICOS”.

²²⁸Tron Petit, Jean Claude (2009), op. cit.

del registro de manifestación o de la licencia de construcción cuando sobrevengan “cuestiones de oportunidad o interés público”.²²⁹ La línea no siempre es fácil de trazar, más en un sistema tan rígido y “reglista” como el mexicano.

La definición de un concepto jurídico indeterminado – asumiendo su validez- puede ser compleja y requerir una especial valoración que incluya diversos elementos.²³⁰ El concepto habrá de ser dotado de contenido concreto mediante la aplicación, correlación, calificación y ponderación de los hechos o circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice su valoración.²³¹ Esta discrecionalidad, que implica una libertad de apreciación, no significa o permite la arbitrariedad, ya que la autoridad está obligada a fundar y motivar, lo cual está sujeto a control jurisdiccional.²³² Pero dicho requisito – fundamentación y motivación - no se agota en lo formal: la decisión debe contener

²²⁹Ver tesis en anexo A13. CONSTRUCCIONES PARA EL DISTRITO FEDERAL. EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 256 DEL REGLAMENTO RELATIVO, QUE PREVÉ LA REVOCACIÓN DEL REGISTRO DE MANIFESTACIÓN O DE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN ESPECIAL CUANDO SOBREVENGAN CUESTIONES DE OPORTUNIDAD O INTERÉS PÚBLICO EN TÉRMINOS DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO LOCAL, SIN QUE AQUÉL NI ÉSTA DEFINAN TALES CONCEPTOS, VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

²³⁰Ver tesis en anexo A14. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA FORMA DE ACTUALIZARLOS AL CASO CONCRETO EXIGE UN PROCESO ARGUMENTATIVO QUE DEBE REDUCIR LA DISCRECIONALIDAD Y LAS APRECIACIONES SUBJETIVAS, ELIMINANDO LA ARBITRARIEDAD.

²³¹Ver tesis en anexo A15. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS O FLEXIBLES. LA FALTA DE UNA DESCRIPCIÓN PORMENORIZADA DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DE MODO, TIEMPO Y LUGAR PARA VALORARLOS Y FIJAR SU ALCANCE Y SENTIDO ES UN HECHO QUE PUEDE SUBSANARSE AL MOMENTO DE APLICARLOS SIN QUE ELLO IMPLIQUE QUE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PUEDA DICTAR SUS RESOLUCIONES EN FORMA ARBITRARIA.

²³²Ver tesis en anexo A16. FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE LAS CONCEDIDAS A LA AUTORIDAD.

la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de manera que sea evidente y muy claro para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión.²³³

Pero además de la fundamentación y motivación, existen requisitos adicionales. En este orden de ideas, la SCJN ha establecido que:

“...el ejercicio de las facultades discrecionales que tengan atribuidas las autoridades, si bien supone un juicio subjetivo de la autoridad que la ejerce y, en esa medida, lo relativo a dichos juicios subjetivos escapan al control del órgano jurisdiccional, toda vez que los jueces no están facultados para sustituirse al criterio prudencial de otras autoridades, dicho principio no implica de manera alguna que se encuentren liberadas de fundar y motivar debidamente sus resoluciones ni mucho menos, o que puedan actuar en forma arbitraria o caprichosa, de tal manera que el juez podrá anular el ejercicio de esta facultad, en la medida en que el juicio subjetivo no sea razonable sino arbitrario o cuando sea notoriamente injusto o inequitativo, o bien, cuando omita tomar en consideración circunstancias de hecho o éstas sean alteradas injustificadamente, así como cuando el razonamiento sea ilógico o viole los principios generales del derecho.”²³⁴

La autoridad, en ejercicio de sus atribuciones conferidas, interpreta la ley “para efectos administrativos” y le atribuye un

²³³Ver tesis en anexo A17. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN.

²³⁴Ver Ejecutoria de Controversia Constitucional 34/97, Registro 6281. Asimismo, las tesis del anexo A18-A20. (18-19) FACULTADES DISCRECIONALES DE LAS AUTORIDADES. (20) FACULTADES DISCRECIONALES. SU CONTROL EN EL AMPARO.

significado para el caso concreto. Pero dicha interpretación debe pasar por los filtros del control judicial. De lo anterior se observa una moneda de doble cara: si bien la SCJN reconoce la discrecionalidad de la autoridad para aterrizar los “conceptos jurídicos indeterminados”, al mismo tiempo establece criterios amplísimos para rechazar la decisión a la luz de consideraciones sustantivas. Además de la debida fundamentación y motivación (que implican necesariamente valoraciones sustantivas) el acto no debe ser (i) caprichoso o arbitrario, (ii) notoriamente injusto o inequitativo, (iii) objeto de omisiones o alteraciones de circunstancias de hecho o (iv) basado en un razonamiento ilógico o violatorio de los principios generales del derecho.

Para las resoluciones emitidas por los reguladores, algunos criterios recientes han mostrado cierta deferencia. Una jurisprudencia de un Tribunal Colegiado ha establecido que el concepto de “mercado relevante” implica una valoración económica compleja de carácter discrecional que, “prima facie”, sólo la CFC puede construir a partir de la información que dispone, por lo que opera una presunción de validez respecto de su conclusión.²³⁵ De forma similar, una tesis sostiene que la CFC aplica un margen de discrecionalidad en sus decisiones de conformidad con sus atribuciones de ley, por lo que el control judicial de sus actos se limita a revisar el cumplimiento de los derechos fundamentales de los particulares y la ausencia de “desvíos de poder”.²³⁶ Por su parte, una tesis de la SCJN estableció que la CRE tiene discrecionalidad para evaluar el mérito y oportunidad de la decisión sobre el cumplimiento

²³⁵Ver jurisprudencia en anexo A21. MERCADO RELEVANTE. SU CONCEPTO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

²³⁶Ver tesis en anexo A22. COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL DE SUS RESOLUCIONES.

de las condiciones de los permisos, por lo que el TFJFA “no debe sustituirse a la autoridad administrativa que tiene el conocimiento especializado de la materia y de la realidad fáctica”.²³⁷

Bajo el sistema judicial federal, cuando el tribunal encuentra un desvío procesal (previo al acto administrativo), deja sin efectos el acto reclamado y opera un “reenvío” para que la autoridad responsable emita una nueva resolución sin los vicios que dieron origen al amparo (“amparo para efectos”). Por su parte, cuando el tribunal encuentra violaciones de fondo (a la propia resolución administrativa), puede exigir a la autoridad responsable emitir la decisión en un sentido determinado (si la facultad es reglada) o fijar criterios para la emisión de un nuevo acto (si la facultad es de tipo discrecional).

Tradicionalmente, el control judicial debía hacerse sobre la base de una primacía de conceptos de violación: el tribunal sólo podría entrar al fondo del asunto si encontraba infundados los conceptos de violación de índole procesal. Sin embargo, una jurisprudencia reciente emitida por el pleno de la SCJN establece que, con independencia de la materia, el estudio de los conceptos de violación debe atender al principio de “mayor beneficio”, quedando al prudente arbitrio del tribunal

²³⁷Ver tesis en anexo A23. COMISIÓN REGULADORA DE ENERGÍA. AL CONTAR CON DISCRECIONALIDAD PARA PRONUNCIARSE SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE LOS PERMISOS DE DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL, EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA AL CONOCER DE LA DEMANDA CONTRA LA RESOLUCIÓN EN LA QUE AQUÉLLA OMITIÓ DAR RESPUESTA A LA SOLICITUD RESPECTO DE LA INTERPRETACIÓN DE DETERMINADOS ASPECTOS VINCULADOS CON LAS OBLIGACIONES DE UN PERMISIONARIO, NO DEBE PRONUNCIARSE SOBRE EL PARTICULAR, SINO DECLARAR SU NULIDAD PARA QUE LA MENCIONADA AUTORIDAD LO HAGA.

correspondiente determinar la preeminencia respectiva. Bajo este criterio, una tesis establece que debe preferirse el estudio de violaciones de fondo a las de tipo procesal.²³⁹ Cabe señalar que el artículo 50 de la LFPCA establece un criterio similar: el TFJFA debe primero examinar los motivos que puedan llevarlo a declarar la nulidad “lisa y llana” y sólo en el evento de estimarlos infundados, los que lo lleven a declarar una nulidad “para efectos”. Si bien este nuevo criterio puede ayudar a eliminar los círculos viciosos que implican los múltiples “reenvíos”, también otorga a los tribunales una oportunidad para entrar al fondo con mayor intensidad. Esto sería particularmente preocupante para el caso de los reguladores.

El sistema es un híbrido: como regla general, los tribunales no deben sustituirse en el ejercicio discrecional de la autoridad competente, pero al mismo tiempo, existen amplísimas causales para cuestionar dicho ejercicio (más amplias que las prevalecientes en otros países). Para el caso de los reguladores, existen criterios específicos donde se reconoce cierta deferencia. A la vez, los tribunales tienen luz verde para dar primacía a conceptos de violación de fondo sobre los de forma. Con esta mezcla de fórmulas, algunos jueces le darán más importancia a la discrecionalidad técnica de la autoridad, mientras que otros sobrepondrán, algunas veces con criterios expansivos y protagonismos subjetivos, la importancia del control judicial.

Aunque hay criterios positivos en ese sentido, no existe

²³⁹Ver tesis en anexo A25. VIOLACIONES FORMALES Y DE FONDO EN EL AMPARO DIRECTO. DEBE PREFERIRSE EL ESTUDIO DE LAS SEGUNDAS, SIEMPRE QUE EL TRIBUNAL COLEGIADO DEL CONOCIMIENTO, BAJO SU PRUDENTE ARBITRIO, TENGA ELEMENTOS SUFICIENTES PARA ADVERTIR QUE CON ELLO SE DA UN MAYOR ALCANCE AL FALLO PROTECTOR, EN BENEFICIO DEL QUEJOSO.

como criterio judicial general, una doctrina de deferencia o discrecionalidad técnica que consideramos abonaría de forma importante al funcionamiento eficaz de los reguladores. Ello no va en perjuicio de los valores y principios constitucionales, ya que en todo momento el tribunal tendría que velar por un control mínimo. Por ello consideramos prudente consolidar un principio de deferencia judicial o discrecionalidad técnica para el caso de los reguladores autónomos, que opere en la forma de una verdadera presunción de validez, aunque de tipo “*iuris tantum*”.²⁴⁰ De esta forma, como premisa general, ninguna decisión podría ser cuestionada por aspectos sustantivos a menos que la misma sea notoriamente ilógica, arbitraria o caprichosa, estableciéndose así un sano equilibrio entre el interés público y la legalidad y certeza jurídicas. Desde luego que meros desacuerdos en lo técnico o en el razonamiento, no serían motivo suficiente para invalidar la decisión (como se supone debe ser). Es difícil establecer un sistema de esta naturaleza “*ex ante*” por ministerio de ley, ya que requiere la formación gradual de criterios y lineamientos. En este sentido, los tribunales especializados (ver siguiente sección) serían la ideal combinación, ya que éstos distinguirían con mayor nitidez la línea divisoria entre lo permisible y lo ilógico, arbitrario o caprichoso.

²⁴⁰Es decir, dicha validez admite prueba en contrario.

5.2 Tribunales especializados

Los nuevos esquemas de regulación exigen retos mayores a la labor judicial tradicional: entendimiento económico-regulatorio, apertura a una nueva realidad jurídica, altos grados de especialización y la necesidad de resolver las disputas entre el regulador y los regulados de forma expedita y consistente con el interés público. En México, la competencia de los juzgados y tribunales federales (organizados por circuitos) es muy extensa. En la mayoría de los casos, los juzgados y tribunales ejercen jurisdicción sobre bases meramente territoriales y abarcan cualquier materia (mixtos). En la minoría de los casos, por ejemplo Jalisco, el Estado de México y el Distrito Federal, la jurisdicción se divide por materias (penal, civil, laboral y administrativa), pero aún así, la división permanece sumamente amplia. La materia de regulación económica se ve mezclada con todo tipo de temas, o con la materia administrativa, que abarca a su vez un sinnúmero de subcategorías (e.g. seguridad social, fiscal, responsabilidades, agrario, ambiental, propiedad intelectual, licitaciones, regulación local y administrativo general). Lo anterior propicia que los asuntos cualitativos se pierden en lo cuantitativo.

“La improvisación, por falta de especialidad, genera criterios dispersos y hasta contradictorios. Propicia una forma de trabajo donde no se concentra ni se aprovecha el conocimiento ni las aptitudes. La falta de profesionalización y especialización obliga a hacer grandes esfuerzos para resolver los problemas en lugar de concentrar esfuerzos en función de obtener mayores niveles de calidad y eficiencia”.²⁴¹ Una grave consecuencia avalada por

²⁴¹Camero Ocampo, Jorge Arturo; Pérez Dayán, Alberto G; Tron Petit, Jean Claude (2007), Propuesta para la Subespecialización de los Tribunales Colegiados en Materia Administrativa en el Primer Circuito. En: <http://jeanclaude.tronp.com/>

la realidad, es que, a falta de un correcto entendimiento de los diversos temas, los jueces ponen énfasis desmesurado en cuestiones de forma, rechazan la decisión y ordenan la reposición del procedimiento o acto, lo que provoca un círculo vicioso así como la dilación indefinida en la ejecución de medidas regulatorias de beneficio colectivo.

La falta de tribunales especializados fue señalada en México desde 2004 por la OCDE:

“En México, la dificultad se agrava por la falta de pericia económica y técnica dentro del sistema judicial, porque los tribunales no están especializados. Las autoridades reguladoras pueden ayudar a los tribunales en algunos de los procedimientos, pero sólo de una manera limitada. Esta es la razón de que, en algunos países, los sistemas de apelación hayan sido diseñados con un sólo tribunal especializado. Esto hace posible que los jueces adquieran mayor experiencia en los asuntos reguladores de naturaleza económica y que traten cabalmente las implicaciones económicas de las decisiones legales...”²⁴²

Los tribunales especializados constituyen una práctica que ha dado réditos en diversos países. Por ejemplo, la Quinta Cámara de la Corte de Apelación de París se especializa en la “vida económica” y se integra por 13 salas especializadas en temas como la propiedad intelectual, comercio internacional, competencia económica, sociedades y contratos mercantiles, derecho financiero y reguladores independientes. Las decisiones de las autoridades en esos rubros se ventilan directamente ante dichas salas.

²⁴²OCDE (2004), op. cit.

Es entendible la dificultad de especializar tribunales cuando en muchos circuitos existen pocos de ellos (precisamente la razón de otorgarles competencia mixta). Pero en otras locaciones la situación es muy distinta. Por ejemplo, existen 18 Tribunales Colegiados y 16 Juzgados de Distrito en materia administrativa que ejercen jurisdicción territorial sobre el Distrito Federal, los cuales ventilan prácticamente todos los asuntos regulatorios de mayor relevancia. Éstos podrían organizarse sobre bases de especialidad, promoviendo al interior la eficiencia y eficacia judicial y hacia el exterior criterios consistentes a propósito de la actuación de los reguladores, lo cual generaría mayores grados de certeza a todos los involucrados y fortalecería la actuación de la autoridad en aras del interés público, sin perjuicio de los principios constitucionales y legales a que deben someterse todos sus actos.

Como hemos señalado anteriormente, estos tribunales serían los indicados para formar criterios sanos de deferencia judicial, pero también para analizar los aspectos procesales y demás formalismos, sin visiones rígidas y ortodoxas, considerando en especial que algunos actos de los reguladores derivan de complejos procesos de formación.

Proponemos que exista una especialidad, para los Circuitos donde así sea posible, dado el número de tribunales, para la parte de regulación económica o derecho económico, que incluya cuando menos las siguientes áreas: competencia, energía, telecomunicaciones, servicios financieros, comercio exterior y propiedad intelectual. Con sólo tener tribunales especializados en el Distrito Federal, donde se ventilen los asuntos regulatorios más trascendentes, el avance sería importantísimo. No es necesario efectuar una reforma legal: dentro de las atribuciones

actuales del Consejo de Judicatura Federal están las de “determinar el número y, en su caso, especialización por materia de los tribunales colegiados y unitarios en cada uno de los circuitos” y “determinar el número, límites territoriales y, en su caso, especialización por materia, de los juzgados de distrito en cada uno de los circuitos”.²⁴³ Sorprende que a la fecha no se haya hecho uso de esta atribución en el sentido referido.

Por último, debe también considerarse que de los tres Magistrados que integrarían un eventual Tribunal Colegiado especializado, uno de ellos tenga una profesión distinta a la abogacía, para que sea un igual y no un tercero quien auxilie a los otros Magistrados en el mejor entendimiento de temas eminentemente técnico-económicos. Esta integración (que se alejaría de toda una tradición) requeriría reformar la LOPJE, misma que exige que los Magistrados y Jueces de Distrito, entre otras cosas, cuenten con título de licenciado en derecho.²⁴⁴ Por último, es menester señalar que los tribunales especializados requerirían una buena selección de perfiles así como agresivos programas de capacitación, pues la mera especialización formal no traería en automático la real.

5.3 Facultad materialmente legislativa de los reguladores

El sistema jurídico mexicano se integra por la Constitución como norma máxima, los tratados internacionales, las leyes y reglamentos. Sin embargo, existe un quinto componente de suma importancia que forma parte de la realidad jurídica

²⁴³Artículo 81 fracción V y VI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

²⁴⁴Ver artículos 106 y 108.

desde hace mucho tiempo: las reglas generales emitidas por autoridades administrativas.²⁴⁵ Ejemplos de este tipo de normas las encontramos, entre otras, en las áreas de metrología y normalización, comercio exterior, telecomunicaciones, energía y servicios financieros. A continuación se indican algunos ejemplos de normas administrativas generales expedidas por diversas autoridades administrativas (en realidad, su número total es inmenso):

SHCP	<ul style="list-style-type: none"> • Reglas de Carácter General en Materia de Comercio Exterior • Reglas para la autorización y operación de intermediarios de reaseguro • Reglas para el capital mínimo de garantía de las instituciones de seguros • Reglas sobre la diversificación de riesgos en las operaciones activas, a que se refiere en artículo 51, fracción II de la Ley de Instituciones de Crédito
CNBV	<ul style="list-style-type: none"> • Disposiciones de carácter prudencial a las que se sujetarán en sus operaciones los participantes en el mercado de futuros y opciones cotizados en bolsa • Circular Única de Sociedades de Inversión / Bancos / Emisoras / Casas de Bolsa / Sociedades de Inversión / Ahorro y Crédito Popular

²⁴⁵La LFPA hace referencia a éstas en su artículo 4: “Los actos administrativos de carácter general, tales como reglamentos, decretos, acuerdos, normas oficiales mexicanas, circulares y formatos, así como los lineamientos, criterios, metodologías, instructivos, directivas, reglas, manuales, disposiciones que tengan por objeto establecer obligaciones específicas cuando no existan condiciones de competencia y cualesquiera de naturaleza análoga a los actos anteriores, que expidan las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública federal, deberán publicarse en el DOF para que produzcan efectos jurídicos.”

SE	<ul style="list-style-type: none"> • Resolución General número 10, que determina el monto actualizado del valor total de los activos a que hace referencia el artículo 9 de la Ley de Inversión Extranjera • NOM-006-SFCI-2005 bebidas alcohólicas-tequila-especificaciones
CRE	<ul style="list-style-type: none"> • Directiva sobre la determinación de los precios máximos de gas natural objeto de venta de primera mano DIR-GAS-001-2009 • Directiva de información para las actividades reguladas de gas natural
COFETEL	<ul style="list-style-type: none"> • Reglas de Larga Distancia • Reglas del Servicio Local • Plan Técnico Fundamental de Calidad de las Redes del Servicio Local Móvil • Plan Técnico Fundamental de Numeración
SCT	<ul style="list-style-type: none"> • Requisitos para regular la construcción, modificación y operación de los helipuertos • Condiciones técnicas y administrativas para el otorgamiento, renovación y reposición del certificado de aeronavegabilidad • Acuerdo por el que se establecen modalidades en la prestación del servicio de autotransporte federal de pasajeros y turismo para los efectos de ingreso de unidades vehiculares en dicho servicio

Para los constitucionalistas ortodoxos, la noción resulta problemática porque dichas normas tendrían que ser emitidas por el Ejecutivo conforme a su atribución constitucional de “prever en la esfera administrativa para la exacta observancia de la ley” (es decir, emitir reglamentos), o porque la Constitución no autoriza al Congreso a delegar a una autoridad administrativa la facultad de expedir reglas generales. Inclusive, por algún tiempo, algunas de estas reglas fueron declaradas inconstitucionales por los tribunales, caso específico de las normas oficiales.

En realidad no existe problema alguno. No se trata de algún tipo de “delegación” de lo indelegable ni de una función reglamentaria, sino de la mera aplicación de competencias originarias por parte de la autoridad administrativa. En el espacio normativo ubicable entre la ley y sus actos de individualización (actos administrativos), se encuentran diversas normas administrativas generales, unas dictadas por el Ejecutivo y otras por órganos diversos. Sin embargo, entre ellas existe a su vez una jerarquía: son superiores los reglamentos del Ejecutivo.²⁴⁶

Además, el Poder Judicial ha establecido criterios para identificar un reglamento, así como la esfera de validez de las normas generales administrativas. La facultad reglamentaria del Ejecutivo se encuentra sujeta al principio de legalidad, del cual derivan dos principios subordinados: el de reserva de ley y el de subordinación jerárquica. El primero evita que el reglamento aborde materias reservadas en forma exclusiva a las leyes mientras que el segundo exige que el reglamento esté precedido de una ley cuyas disposiciones desarrolle, complemente o detalle y en las que encuentre su justificación y medida.²⁴⁷ En principio, el reglamento sólo funciona en la zona del cómo; sus disposiciones podrán referirse a las otras preguntas (qué, quién, dónde y cuándo), siempre que éstas ya estén contestadas por la ley. El reglamento desenvuelve la obligatoriedad de un principio ya definido por la ley y, por tanto, no puede ir más allá de ella, ni extenderla a supuestos distintos, ni mucho menos contradecirla, sino que sólo debe concretarse a indicar los medios para cumplirla.²⁴⁸

²⁴⁶Roldán Xopa, José (2008), op. cit.

²⁴⁷Ver jurisprudencia en anexo A26. FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL. SUS PRINCIPIOS Y LIMITACIONES.

²⁴⁸Ver jurisprudencia en anexo A27. FACULTAD REGLAMENTARIA. SUS LÍMITES.

Por su parte, las normas generales administrativas corresponden a una categoría de ordenamientos que no son formalmente legislativos ni reglamentarios, lo que no pugna con la facultad reglamentaria del Ejecutivo ni con el principio de división de poderes. Lo anterior, porque no se trata de una delegación de facultades ni de una expansión de la facultad reglamentaria, sino del ejercicio de una atribución para allanar la aplicación de cuestiones “técnicas-operativas”.²⁴⁹ Según los criterios del Poder Judicial, estas reglas encuentran límites formales y materiales que las distinguen de los reglamentos en la medida que: (i) la autoridad que las emite debe estar habilitada por ley para tal efecto; (ii) quedan sujetas al principio de “reserva de ley”, (iii) quedan subordinadas al contexto legal y reglamentario que rige su emisión; y (iv) se circunscriben a cuestiones “técnico-operativas”.²⁵⁰

Como hemos visto anteriormente, es práctica internacional que los reguladores emitan normatividad secundaria a efecto de regular situaciones complejas y dinámicas y aplicar una serie de conceptos indeterminados. Un regulador constreñido a un marco normativo estático, simplemente pierde fuerza y capacidad regulatorias.

²⁴⁹Ver jurisprudencia en anexo A28. COMISIÓN NACIONAL DE SEGUROS Y FIANZAS. EL ARTÍCULO 108, FRACCIÓN IV, DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES Y SOCIEDADES MUTUALISTAS DE SEGUROS, QUE LA FACULTA PARA EXPEDIR REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS, NO VIOLA LOS ARTÍCULOS 49 Y 89, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

²⁵⁰Ver jurisprudencias en anexo A28-A29. (29) COMERCIO EXTERIOR. LAS REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS EN ESA MATERIA PUEDEN REGULAR OBLIGACIONES DE LOS GOBERNADOS, SIEMPRE Y CUANDO RESPETEN LOS PRINCIPIOS DE RESERVA DE LEY Y RESERVA REGLAMENTARIA, Y SE APEGUEN AL CONTEXTO LEGAL Y REGLAMENTARIO QUE RIGE SU EMISIÓN.

Aunque algunos reguladores mexicanos tienen funciones materialmente legislativas,²⁵¹ los criterios referidos merman su alcance. Lo anterior, porque la validez de dichas normas dependen de que el tribunal las considere de carácter “técnico-operativo”. A veces la línea es difícil de trazar y forzosamente exige juicios subjetivos; en la medida que (a juicio del intérprete) la norma general administrativa no se ocupe de cuestiones “técnico-operativas” la misma será rechazada. Esto desde luego puede ocasionar problemas y disminuir el alcance de regulaciones legítimas emitidas por los reguladores.

Por ejemplo, este punto es uno de los principales cuestionamientos formulados en torno al Plan Técnico Fundamental de Interconexión e Interoperabilidad emitido por la COFETEL, cuyo alcance es amplio al imponer regulación específica sobre el “concesionario principal” relacionada con tarifas, calidad de servicio y compartición y desagregación de infraestructura. En este sentido, Telmex argumentó (entre otras cosas) que un plan de esta naturaleza “sólo puede referirse a cuestiones secundarias de carácter técnico”, mientras que la regulación de la interconexión “sólo puede establecerse a través de la facultad reglamentaria del Ejecutivo” por lo que el Plan “infringe la fracción I del artículo 89 constitucional al arrogarse la COFETEL facultades exclusivas del Ejecutivo”.²⁵² Independientemente de los potenciales efectos positivos del Plan (y del hecho que Telmex sería el principal agente afectado por el mismo), los criterios judiciales actuales efectivamente afectan su viabilidad jurídica.

²⁵¹Como se observa de los cuadros, la CRE y la COFETEL tienen algunas funciones legislativas, aunque consideramos que deberían ser mayores. Por su parte, la CFC no tiene ninguna, aunque consideramos que debería tener algunas.

²⁵²Ver comentarios presentados por Telmex a la COFEMER de fecha 7 mayo de 2008.

Por ello, proponemos acrecentar el alcance legal de las normas generales administrativas emitidas por los reguladores autónomos: previa habilitación legal, los reguladores podrían emitir reglas administrativas generales para temas específicos relacionados con el ejercicio de sus atribuciones, sin restricciones adicionales a la subordinación legal y reglamentaria. Básicamente, se trataría de restar uno de los tres requisitos establecidos por el Poder Judicial y dejar la línea divisoria entre el reglamento y normas administrativas generales, a criterios formales de jerarquía, no de ámbito material. Esta noción podría establecerse vía criterio judicial, sin necesidad de efectuar una reforma legal. Por otra parte, nada impediría que el Congreso sea más explícito en cuanto al ejercicio de este tipo de atribuciones, aunque preferentemente la figura del regulador debería estar previamente categorizada a nivel constitucional como se propuso en el capítulo anterior.

5.4 Finalidad administrativa

En 2008 la Suprema Corte resolvió por contradicción de tesis que el recurso de revisión resuelto por el Pleno de la CFC no es impugnante ante el TFJFA por no tener competencia expresa para tal efecto.²⁵³ Por ende, dichos actos sólo pueden combatirse a través de juicio de amparo indirecto. Para otros casos, previo al amparo, no es necesario el juicio ante el Tribunal, dado que la LFPCA exige mayores requisitos para conceder

²⁵³Ver jurisprudencia en anexo A30. RECONSIDERACIÓN. LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL RECURSO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 39 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, NO ES IMPUGNABLE ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA.

la suspensión del acto reclamado, que los previstos por la Ley de Amparo.²⁵⁴

Lo anterior sienta las bases para consolidar una buena práctica: que las decisiones de los reguladores autónomos pueden ser recurridas únicamente ante instancias judiciales (sin perjuicio del recurso de revisión ante el propio regulador). Sobre todo, considerando los largos plazos y burocracia que implican los juicios ante el TFJFA, amén de su poco conocimiento para atender cuestiones regulatorias altamente especializadas.

El TFJFA ha evolucionado de ser un tribunal de mera anulación, a uno de plena jurisdicción, es decir, no sólo dirime la legalidad del acto administrativo, sino que analiza los derechos subjetivos y ordena a la demandada a respetar los mismos. “Si la función judicial es declarar el derecho y hacer ejecutar la sentencia, parece ser que la diferencia entre jurisdicción administrativa y la judicial, es externa a las funciones mismas, ya que la primera carece de medios para hacer ejecutar sus resoluciones, situación que, paulatinamente, se busca resolver a favor del TFJFA a quien se dota de instancias conducentes, para exigir el cumplimiento de sus decisiones y la provisión de medidas cautelares, conducentes a una real y efectiva tutela judicial”.²⁵⁵ La propuesta, que requiere mera reforma de ley, no afecta los derechos de los particulares y agiliza, al mismo tiempo, los medios de control jurisdiccionales aplicables a medidas de alto impacto en el interés público.

²⁵⁴Ver jurisprudencia en anexo A31. RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNABLES ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. NO ES NECESARIO AGOTAR EL JUICIO CORRESPONDIENTE, PREVIAMENTE AL AMPARO, AL PREVER EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MAYORES REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN QUE LOS PREVISTOS EN LA LEY QUE RIGE EL JUICIO DE GARANTÍAS.

²⁵⁵Tron Petit, Jean Claude y Ortiz Reyes, Gabriel (2007), La Nulidad de los Actos Administrativos, Porrúa, México.

5.5 Conclusiones del Capítulo Quinto

El que los tribunales ejerzan un poder de control sobre las decisiones administrativas, es algo normal y deseable en cualquier sistema jurídico. Pero cuando las decisiones de los reguladores son retrasadas o rechazadas de forma sistémica y generalizada por los tribunales (siendo la regla, no la excepción), la situación es anormal y perjudica seriamente el interés público. Un equilibrio funcional requiere de un conjunto de reformas así como de tiempo considerable. No obstante, existen diversas alternativas relativamente fáciles de cristalizar que podrían dar importantes resultados en el corto plazo, entre otros: establecer tribunales especializados en regulación económica, generar un sistema de deferencia judicial, fortalecer la facultad materialmente legislativa de los reguladores y eliminar el control jurisdiccional del TFJFA sobre las decisiones de los reguladores.

Conclusiones Generales

La infraestructura institucional, tal y como lo demuestra la experiencia internacional, es un factor crítico para el buen funcionamiento de los mercados y el desarrollo de los países. En este sentido, los reguladores autónomos constituyen uno de los modelos de gestión pública más exitosos para regular monopolios naturales, sectores estratégicos y servicios públicos, muchos de ellos anteriormente en manos del Estado.

Los reguladores, a diferencia de la burocracia central, ofrecen mayor credibilidad y sobre todo mayor capacidad para regular con éxito una serie de fenómenos de particular complejidad y dinamismo. El regulador debe privilegiar políticas comprensivas de largo plazo, así como la especialización y uso de la técnica, sobre los intereses gubernamentales cortoplacistas. Sin embargo, los beneficios no vienen en automático. Para ser efectivos, los reguladores deben contar con ciertos arreglos institucionales que eviten la interferencia política, mitiguen los riesgos de captura regulatoria y presionen continuamente al regulador a justificar sus decisiones y privilegiar el interés público. Los arreglos deben también establecer un sano equilibrio entre la autonomía y la rendición de cuentas, insertar al regulador en el contexto de una Administración guiada por unidad de acción y someterlo a medios de control y tutela razonables. En cambio, un mal diseño hace al regulador inoperante y, peor aún, incide sobre la probabilidad de captura institucional.

Los arreglos institucionales de los reguladores varían y dependen del entorno jurídico-político-institucional de cada país. No obstante, conforme a las mejores prácticas internacionales,

un buen regulador debe reunir al menos: (1) mandato claro y atribuciones suficientes, (2) autonomía organizacional, (3) recursos humanos y materiales adecuados, y (4) mecanismos efectivos de rendición de cuentas. Los factores referidos no son un fin en sí mismos, sino medios para un fin: que el regulador esté dotado de la fuerza y capacidad para satisfacer el objetivo de política pública que le ha sido encomendado.

México no acompañó correctamente el cambio económico con una reforma institucional sólida. Entre otros, los arreglos de los reguladores fueron y siguen siendo débiles. Esto es inaceptable a la luz de una economía abierta pero distorsionada que sufre de precarias condiciones de competencia y excesiva concentración económica. México se rezaga en el panorama competitivo principalmente a causa de la ineficiencia de sus instituciones.

Todos los reguladores examinados – CFC, COFEMER, CRE y COFETEL – presentan insuficiencias, aunque de diferente tipo y en distintos grados. Comparativamente hablando, la CFC y CRE gozan de mejores arreglos y mayor credibilidad mientras que la COFEMER y COFETEL muestran graves fragilidades institucionales, aunado a una percepción negativa sobre su labor y desempeño.

Como punto en común, todos los reguladores reprueban en materia de rendición de cuentas ya que se abocan al cumplimiento de meros requisitos formales – como la publicación de resoluciones y presentación de informes – pero no ofrecen medidas adicionales que ofrezcan a la sociedad medios reales de evaluación, como lo podrían ser la publicación de criterios y razonamientos (útiles también para el poder judicial), la

publicidad de las reuniones de los órganos colegiados y el establecimiento “ex ante” de parámetros claros, objetivos y medibles (visibles y de valor agregado). Los reguladores que exigen - como casi todos lo hacen - un fortalecimiento en sus atribuciones y recursos, deberían ser congruentes y ofrecer al mismo tiempo un mayor grado de rendición de cuentas, para lo cual no se necesita reformar la ley.

Otro punto en común, es que todos los reguladores, al menos de lo que se observa en otros países, cuentan con recursos humanos y materiales insuficientes. Inclusive, en algunos casos, la tendencia ha sido reducir presupuesto.

En materia de autonomía, se observa una grave fragilidad en la COFEMER y la COFETEL, aunque por distintas razones: en el primer caso, por el régimen de nombramiento del Titular y la falta de voluntad política del Ejecutivo, y en el segundo, por la insuficiencia de atribuciones y la sumisión a la SCT a través del recurso de revisión. Por su parte, la CFC y la CRE gozan de una autonomía aceptable en cuanto a la toma de sus decisiones. Todos los reguladores, sin embargo, podrían ser fortalecidos vía autonomía presupuestal, organizacional y laboral.

En cuanto atribuciones, podemos distinguir dos casos: los reguladores que requieren atribuciones accesorias para cumplir con las atribuciones primarias y los que adolecen de atribuciones primarias. En la primera categoría está la CFC (que necesita urgentemente mayores potestades en materia de investigación, prevención y sanción) mientras que en la segunda, la COFETEL (que no puede sancionar ni otorgar permisos o concesiones en materia de telecomunicaciones). La CRE es un caso híbrido: está relativamente bien dotada para regular el gas natural (aunque

podría asumir la tutela de ciertas actividades ahora a cargo de la SENER), pero no así para regular la electricidad (dada la falta de poder para fijar tarifas y supervisar la prestación del servicio público). La COFEMER está bien dotada de atribuciones, simplemente no tiene la capacidad para ejercerlas eficazmente.

El estudio se limitó a revisar los arreglos básicos de cuatro reguladores económicos. El resto presentarían también insuficiencias que deben ser evaluados frente a los factores y características identificadas en el presente estudio. En realidad, no existe en México un regulador ideal, aunque si buscáramos el mejor referente, tendríamos que voltear a los reguladores financieros, en particular a la CNBV.

La figura de “órgano desconcentrado” resulta obsoleta e inadecuada: genera tensiones institucionales, fomenta la interferencia política, así como una serie de problemas jurídicos. Bajo una visión un tanto rígida y ortodoxa de los principios de jerarquía y división de poderes, la SCJN ha rechazado la posibilidad del Congreso de hacer arreglos específicos que, aunque fueron declarados inconstitucionales, constituyen buenas prácticas. Algunas premisas generales (y votos particulares) parecerían incluso invalidar la naturaleza del regulador autónomo. Proponemos por ello, categorizar a nivel constitucional la figura de “órganos reguladores autónomos”; el Congreso tendría atribución para legislar sus bases. Lo anterior permitiría ajustar legalmente a los reguladores a las mejores prácticas, dotarlos de arreglos institucionales suficientes y blindar cambios de criterio futuros de la SCJN.

No proponemos con ello “feudalizar” o “aislar” la función regulatoria. Consideramos que, aunque con mayores grados de

autonomía, los reguladores debe permanecer atados al ámbito central, lo que incluye el sometimiento a las leyes aplicables y a cierta tutela del Ejecutivo. Las diversas funciones regulatorias y gubernamentales deben permanecer entrelazadas y conservar una unidad de acción. Por esa razón y otras, como los problemas de rendición de cuentas, cualquier noción de autonomía constitucional debe ser rechazada.

Adicionalmente, consideramos que los arreglos institucionales específicos, no serán suficientes de no materializarse una serie de transformaciones en el seno del Poder Judicial. La excesiva “judicialización” de la regulación, ha sido un cáncer que ha debilitado la capacidad institucional del Estado para procurar el interés público. Así como los reguladores han pecado de negligencia en la confección de sus decisiones, en otras ocasiones la visión excesivamente rígida y legalista de los jueces, en especial cuando son desconocedores de la materia que analizan, han paralizado indefinidamente regulaciones legítimas.

Dado el complejo mecanismo de control judicial de las facultades discrecionales en México, consideramos prudente consolidar de forma explícita y de forma general un principio de deferencia judicial o discrecionalidad técnica – como opera en otros países - para el caso de los reguladores autónomos, bajo el cual ninguna decisión podría ser cuestionada por aspectos sustantivos a menos que la misma sea notoriamente ilógica, arbitraria o caprichosa. Lo anterior sería consistente con algunos criterios judiciales recientes.

Proponemos también que existan tribunales especializados en materia de regulación económica para que los asuntos cualitativos no se pierdan en el océano de lo cuantitativo y sean

resueltos con calidad, celeridad y de forma responsiva al interés público. Ello evitaría el problema práctico que se suscita cuando tribunales ponen énfasis desmesurado en la forma, precisamente porque desconocen el fondo, así como la formación de criterios que abonarían a un funcionamiento más predecible y funcional de los esquemas regulatorios. Estos tribunales serían los indicados para sentar los criterios de deferencia arriba referidos.

Por último proponemos, flexibilizar los criterios para que los reguladores emitan regulación secundaria, previa habilitación legal, sin mayores requisitos que los de subordinación legal y reglamentaria. Asimismo, que las decisiones de los reguladores sean recurribles directamente ante instancias judiciales, evitando el paso lento y burocrático que representa el TFJFA.

Los reguladores autónomos son un asunto de interés público: bien formados contribuyen al mejor funcionamiento de los mercados, propician competencia, fomentan inversión, crean condiciones para una equidad de mercado y fortalecen los derechos de los consumidores. La experiencia, los diversos estudios y los ejercicios comparados, nos llevan a esa conclusión. Mal formados, sin embargo, sólo producen costos sin beneficios e inclusive llegan a ser contraproducentes.

Si se toma la decisión de tener reguladores, la misma no puede ser a medias tintas. Los reguladores en México y sus circunstancias institucionales, padecen una serie de males de origen, lo cual resulta inaceptable a la luz de mercados deficientes y concentrados y una economía poco productiva y competitiva. Sin embargo, el fortalecimiento de los reguladores es condición necesaria, mas no suficiente; la tarea debe ser parte de un esfuerzo que incluya cambios estructurales de mayor alcance.

Anexo “A”
TESIS DE JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS
Suprema Corte y Tribunales Colegiados

A1

COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL ESTABLECER LA NATURALEZA DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El citado precepto legal, al estatuir a la Comisión Federal de Competencia como un organismo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, hoy Secretaría de Economía, con autonomía funcional y técnica para, entre otros aspectos, dictar sus resoluciones, no viola el artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque no crea un ente de diversa naturaleza a los órganos desconcentrados de la administración pública centralizada sino que, por el contrario, la subordinación jerárquica de la mencionada Comisión en relación con la Secretaría de Economía subsiste aun con la autonomía que le otorgó el legislador ordinario. Esto es, la autonomía funcional, operativa y para el dictado de las resoluciones conferida a la Comisión Federal de Competencia, no transgrede el principio de subordinación jerárquica de los órganos desconcentrados de la administración pública centralizada, en tanto que los objetivos de la Ley que la rige atienden al bien jurídico tutelado por el artículo 28 constitucional, pues protege el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, con la finalidad de resguardar el interés general. Además, del propio orden constitucional y legal deriva la facultad

del legislador para fijar las bases jurídicas necesarias para el eficaz funcionamiento de dichos órganos desconcentrados, lo cual consolida, en el caso, los objetivos de la Comisión aludida.

Registro No. 169349. Localización: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, julio de 2008 Página: 453 Tesis: 1a. LXVIII/2008 Tesis Aislada Materia(s): Administrativa, Constitucional.

A2

COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE SUBORDINACIÓN JERÁRQUICA DE LOS ÓRGANOS DESCONCENTRADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL CENTRALIZADA, ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. El hecho de que el citado precepto legal establezca que la Comisión Federal de Competencia constituye un órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía, con autonomía funcional y técnica para dictar sus resoluciones, no viola el artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque no crea un ente de naturaleza diversa a los órganos desconcentrados de la Administración Pública Federal Centralizada; por el contrario, el mencionado precepto constitucional precisa la facultad del legislador ordinario para fijar las bases jurídicas necesarias para el eficaz funcionamiento de los órganos desconcentrados, por lo que si el objeto de la Ley Federal de Competencia Económica, reglamentaria del artículo 28 de la Ley Suprema, es proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, eliminando monopolios y restricciones en el mercado de bienes y servicios, ello justifica que se haya dotado

a la citada Comisión de autonomía funcional con la finalidad de acelerar los procedimientos administrativos que se siguen ante ella, concediéndole potestad de resolución definitiva en sede administrativa, de los actos o prácticas que atenten contra el objeto de la propia ley y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, considerados contrarios a las libertades de comercio, industria y contratación, aspectos que son regulados por el referido artículo 28 constitucional. Además, la autonomía funcional no quebranta la subordinación jerárquica dispuesta en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal para los órganos desconcentrados de la Administración Pública Federal Centralizada, ya que conforme a los artículos 26 y 28 de la Ley Federal de Competencia Económica; 2o., inciso C, fracción I y 5o., fracción XVI, del Reglamento Interior de la Secretaría de Economía y 22, fracción V, del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia, que facultan al Presidente de la República para designar a los comisionados y al Presidente de la Comisión; que es facultad del Secretario de Economía expedir acuerdos de carácter general en la materia que rijan la Comisión cuya aplicación y vigilancia corresponde a la Secretaría de Economía; y que es facultad del Presidente de la Comisión enviar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público su proyecto de presupuesto para que se integre al global de la Secretaría, resulta evidente la subordinación y dependencia de la Comisión Federal de Competencia como órgano desconcentrado de la Administración Pública Federal Centralizada.

No. Registro: 177346. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, septiembre de 2005 Tesis: 2a. XCVIII/2005 Página: 532. Amparo en revisión 167/2005.

A3

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. TIENE LEGITIMACIÓN PASIVA EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES, PUES EMITE RESOLUCIONES CON PLENA AUTONOMÍA. De la interpretación armónica de los artículos 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 10 de su Ley Reglamentaria y 23 y 24 de la Ley Federal de Competencia Económica, se advierte que la Comisión Federal de Competencia cuenta con legitimación pasiva en controversias constitucionales, ya que, aun cuando no es un órgano originario del Estado, sino derivado, al ejercer sus atribuciones relativas a la prevención, investigación y combate de monopolios, prácticas monopólicas y concentraciones, lo hace con autonomía y plena potestad, inclusive para ejecutar sus determinaciones.

Registro No. 182015. Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX, marzo de 2004. Página: 1056 Tesis: P/J. 10/2004. Jurisprudencia Materia(s): Constitucional.

A4

ÓRGANOS DESCONCENTRADOS DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL. EL CONGRESO DE LA UNIÓN TIENE FACULTADES PARA CREARLOS. Conforme al artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, expedida por el Congreso de la Unión, es el ordenamiento mediante el cual se distribuyen los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, y en ella se definen las bases

generales de creación de las entidades paraestatales, dividiendo la Administración Pública Federal en centralizada y paraestatal. Ahora bien, de la interpretación relacionada de dicho precepto constitucional con el diverso artículo 73, fracción XXX, de la Ley Fundamental, que otorga al Congreso de la Unión la atribución de expedir las leyes que sean necesarias para hacer efectivas las facultades que la Constitución concede a los Poderes de la Unión, se concluye que en el ejercicio de esas facultades, conferidas de manera amplia al Congreso de la Unión, éste puede crear aquellas dependencias u órganos de la Administración Pública Federal que estime necesarios, pues su facultad no se agota o limita a la expedición de la Ley Orgánica relativa.

Acción de inconstitucionalidad 26/2006. Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión. 7 de junio de 2007. Mayoría de ocho votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidente: Genaro David Góngora Pimentel. Impedido: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarías: Andrea Zambrana Castañeda, Lourdes Ferrer Mac-Gregor Poisot y María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Registro No. 170675. Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, diciembre de 2007. Página: 1080 Tesis: P/J. 48/2007. Jurisprudencia Materia(s): Constitucional, Administrativa.

A5

COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. EL ARTÍCULO 9o.-A, FRACCIÓN XVI, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, AL OTORGARLE FACULTADES

EXCLUSIVAS EN MATERIA DE RADIO Y TELEVISIÓN, NO VIOLA LOS ARTÍCULOS 49 Y 89, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La Comisión Federal de Telecomunicaciones es un órgano administrativo desconcentrado dependiente de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, con autonomía técnica y operativa, que carece de personalidad jurídica propia y que se encuentra jerárquicamente subordinada tanto a la Secretaría mencionada como, en última instancia, al Ejecutivo Federal. En ese sentido, el artículo 9o.-A, fracción XVI, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, al otorgar a la Comisión Federal de Telecomunicaciones facultades exclusivas en materia de radio y televisión, que corresponden originariamente a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, únicamente supone que será el propio Ejecutivo Federal quien ejercerá dichas facultades por conducto de un órgano desconcentrado que le está jerárquicamente subordinado y, por tanto, no viola los artículos 49 y 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no invade facultades de otro poder, ni contraviene la facultad reglamentaria del Presidente de la República.

Acción de inconstitucionalidad 26/2006. Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión. 7 de junio de 2007. Mayoría de seis votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Genaro David Góngora Pimentel, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Impedido: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarías: Andrea Zambrana Castañeda, Lourdes Ferrer Mac-Gregor Poisot y María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; XXVI, diciembre de 2007; Página: 963; Tesis: P. XXVII/2007; Tesis Aislada; Materia(s): Constitucional, Administrativa. Acción 26/2006.

A6

COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. LAS FACULTADES QUE LE FUERON OTORGADAS POR LA LEY FEDERAL RELATIVA SE ENTIENDEN COMO PROPIAS DE LA SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES. La Comisión Federal de Telecomunicaciones, creada por el Ejecutivo Federal mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 agosto de 1996, es un órgano administrativo desconcentrado dependiente de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, con autonomía técnica y operativa, que carece de personalidad jurídica propia. En ese contexto, las facultades atribuidas a dicha Comisión corresponden a las originariamente otorgadas al Secretario del ramo, en términos del artículo 16 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, razón por la cual se entiende que es el propio Ejecutivo Federal quien ejerce las facultades que la ley le atribuye, por conducto de un órgano dentro de otro órgano -la Secretaría de Comunicaciones y Transportes- ambos subordinados jerárquicamente a aquél.

Acción de inconstitucionalidad 26/2006. Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión. 7 de junio de 2007. -Mayoría de seis votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Genaro David Góngora Pimentel, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Impedido: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarías: Andrea Zambrana

Castañeda, Lourdes Ferrer Mac-Gregor Poisot y María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Registro No. 170837; Localización: Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; XXVI, diciembre de 2007; Página: 966; Tesis: P. XXVI/2007; Tesis Aislada; Materia(s): Constitucional, Administrativa. Acción 26/2006.

A7

COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. LA OBJECCIÓN POR EL SENADO A LOS NOMBRAMIENTOS DE SUS COMISIONADOS, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 90.-C, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, VIOLA LOS ARTÍCULOS 49 Y 89, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Si se atiende a que en ninguno de los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se otorgan facultades al Senado o a la Comisión Permanente para participar en el nombramiento de los titulares de las entidades de la Administración Pública Federal centralizada, dentro de las que se incluye a los organismos desconcentrados, como lo es la Comisión Federal de Telecomunicaciones, y al hecho de que la Norma Fundamental otorga al Congreso de la Unión la facultad para expedir todas las leyes que sean necesarias para hacer efectivas las demás facultades que a éste y a los otros poderes públicos se confieren, en específico para regular los negocios del orden administrativo, sin autorizar al Senado de la República o a la Comisión Permanente del Congreso de la Unión facultades que en su favor no consagra el texto constitucional y que no resultan imprescindibles para el ejercicio de la atribución que en materia de nombramientos se concede al Presidente de la

República, respecto de funcionarios de la administración pública centralizada y sus correspondientes órganos desconcentrados, se concluye que el artículo 90.-C, último párrafo, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, que establece que la Cámara de Senadores podrá objetar los nombramientos o la renovación de los comisionados de la Comisión Federal de Telecomunicaciones que realice el Titular del Ejecutivo Federal, objeción que resulta vinculante al disponerse que los comisionados asumirán su cargo una vez que no sea objetado su nombramiento, viola los artículos 49 y 89, fracción II, de la Constitución Federal, en tanto que vulnera el principio de división de poderes y hace nugatoria la facultad del Presidente de la República de nombrar libremente y sin injerencia de algún otro Poder a los funcionarios que integran la referida administración.

Acción de inconstitucionalidad 26/2006. Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión. 7 de junio de 2007. Mayoría de ocho votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Impedido: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarías: Andrea Zambrana Castañeda, Lourdes Ferrer Mac-Gregor Poisot y María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Registro No. 170838 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, diciembre de 2007. Página: 965 Tesis: P./J. 62/2007. Jurisprudencia Materia(s): Constitucional, Administrativo.

A8

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. LA OBJECCIÓN

POR EL SENADO DE LA REPÚBLICA O, EN SU CASO, POR LA COMISIÓN PERMANENTE DEL CONGRESO DE LA UNIÓN, A LOS NOMBRAMIENTOS DE LOS COMISIONADOS DE AQUÉLLA, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 26, PRIMER PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, VIOLA LOS ARTÍCULOS 49, 89, FRACCIÓN II Y 90 DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Si se atiende a que en ninguno de los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se otorga facultades al Senado o a la Comisión Permanente para participar en el nombramiento de los titulares de las entidades de la Administración Pública Federal centralizada, dentro de las que se incluye a los organismos desconcentrados, como lo es la Comisión Federal de Competencia, y al hecho de que si bien la Norma Fundamental otorga al Congreso de la Unión la facultad para expedir las leyes necesarias para hacer efectivas las demás facultades que a éste y a los otros poderes públicos se confieren, específicamente para regular los negocios del orden administrativo, ello no autoriza a investir al Senado de la República o a la Comisión Permanente del Congreso de la Unión de facultades que en su favor no consagra el texto constitucional y que no resultan imprescindibles para el ejercicio de la atribución que en materia de nombramientos se concede al Presidente de la República, respecto de servidores públicos de la administración pública centralizada y sus correspondientes órganos desconcentrados, se concluye que el artículo 26, primer párrafo, de la Ley Federal de Competencia Económica, que establece que la Cámara de Senadores o, en su caso, la Comisión Permanente podrá objetar los nombramientos de los comisionados de la Comisión Federal de Competencia que realice el titular del Ejecutivo Federal, viola los artículos 49, 89, fracción II y 90 de la Constitución Federal, en tanto que vulnera el principio de división de poderes y hace

nugatoria la facultad del Presidente de la República de nombrar libremente y sin injerencia de algún otro poder a los servidores públicos que integran la referida administración, de la cual es titular y superior jerárquico.

Acción de inconstitucionalidad 33/2006. Procurador General de la República. 10 de mayo de 2007. Mayoría de nueve votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Constanza Tort San Román y Alejandro Cruz Ramírez.

Registro No. 170846 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, diciembre de 2007. Página: 957 Tesis: P./J. 115/2007. Jurisprudencia Materia(s): Constitucional, Administrativa.

A9

COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 28, FRACCIÓN III, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE ESTABLECE QUE EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA DEBERÁ PRESENTAR AL CONGRESO DE LA UNIÓN UN INFORME ANUAL SOBRE EL DESEMPEÑO DE ESE ÓRGANO, TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que para hacer vigente el principio de división de poderes previsto en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como lograr el necesario equilibrio entre ellos y su autonomía funcional, es indispensable que la obligación de rendir informes de uno a otro poder deba estar consignada en la propia Constitución Federal,

ya sea de manera explícita o implícita. En ese tenor, se concluye que el artículo 28, fracción III, de la Ley Federal de Competencia Económica, al establecer que el presidente de la Comisión Federal de Competencia deberá presentar al Congreso de la Unión un informe anual sobre el desempeño del mencionado órgano, transgrede el aludido principio constitucional, pues obliga a un órgano desconcentrado de la Administración Pública Federal, que se encuentra subordinado jerárquicamente al titular del Poder Ejecutivo Federal, como lo es la indicada Comisión, a rendir un informe sobre su desempeño a un poder ajeno al que pertenece. Además, al formar parte la Comisión Federal de Competencia de la Administración Pública Federal, en todo caso la obligación de informar al Poder Legislativo sobre su desempeño, corresponde al Presidente de la República, a través del informe expresamente consignado en el artículo 69 de la Ley Fundamental, lo que resulta congruente con el referido principio de división de poderes, ya que la señalada Comisión es un órgano que auxilia al Ejecutivo Federal en el ejercicio de sus funciones y al cual está subordinado, de ahí que sea a él a quien tenga que rendir, no sólo el informe a que alude el referido artículo 28, fracción III, sino todos aquellos que el titular del Poder Ejecutivo le requiera.

Acción de inconstitucionalidad 33/2006. Procurador General de la República. 10 de mayo de 2007. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Constanza Tort San Román y Alejandro Cruz Ramírez.

Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, diciembre de 2007. Página: 967 Tesis: P/JJ. 116/2007. Jurisprudencia Materia(s): Constitucional, Administrativa.

A10

COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. EL ARTÍCULO 90.-D DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VULNERA LA FACULTAD DE LIBRE REMOCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. El citado precepto, al establecer que los comisionados de la Comisión Federal de Telecomunicaciones serán designados para desempeñar sus cargos por periodos de ocho años, renovables por un solo periodo, y que sólo podrán ser removidos por causa grave debidamente justificada, no vulnera la facultad de libre remoción del Presidente de la República. Ello es así, en primer lugar, porque en la parte final de la fracción II del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, expresamente se alude a la facultad presidencial de remover libremente a los demás empleados de la Unión cuya remoción no esté determinada de otro modo en la Constitución "o en las leyes", lo que implica la facultad otorgada al Congreso de la Unión para establecer las modalidades correspondientes, por lo que la facultad de libre remoción del Presidente de la República no puede entenderse de manera absoluta (al igual que la atribución del legislador, por su parte, tampoco se traduce en una libertad absoluta e irrestricta de configuración sobre tales modalidades y condiciones de remoción); en segundo lugar, porque la facultad de libre remoción presidencial no se sujeta a la intervención de otro Poder, ni impide la existencia de la remoción, pues la norma prevé la posibilidad de la remoción y será el Poder Ejecutivo quien podrá ordenarla; y, en tercero, porque el hecho de que la remoción se sujete a una causa grave tampoco afecta la facultad relativa del Presidente de la República, ya que será él quien lo determine sin injerencia de otro Poder y podrá hacerlo en el momento en que lo amerite. Además, la disposición contenida en el artículo 90.-D

de la Ley Federal de Telecomunicaciones constituye una medida que contribuye al fortalecimiento y autonomía de gestión del mencionado órgano desconcentrado, y tiene como objetivo crear las condiciones que garanticen el exacto cumplimiento de los objetivos técnicos que le son encomendados, en tanto el plazo del encargo permitirá que el servidor público desempeñe su función aplicando la experiencia obtenida durante ese tiempo, lo que se reflejará en los resultados que los gobernados esperan de la Administración Pública en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, sectores en los que es prioritario asegurar el adecuado funcionamiento de los servicios en un mundo cada vez más globalizado.

Acción de inconstitucionalidad 26/2006. Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión. 7 de junio de 2007. Mayoría de cinco votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Genaro David Góngora Pimentel y Juan N. Silva Meza. Impedido: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarias: Andrea Zambrana Castañeda, Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot y María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Registro No. 170839 Localización: Novena Época Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, diciembre de 2007. Página: 964. Tesis: P. XXIX/2007 Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional, Administrativa.

A11

LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO DEPENDE DE QUE ESTABLEZCAN CONCEPTOS INDETERMINADOS.

Los conceptos jurídicos no escapan a la indeterminación que es propia y natural del lenguaje, cuya abstracción adquiere un sentido preciso cuando se contextualizan en las circunstancias específicas de los casos concretos. En estos casos el legislador, por no ser omnisciente y desconocer de antemano todas las combinaciones y circunstancias futuras de aplicación, se ve en la necesidad de emplear conceptos jurídicos indeterminados cuyas condiciones de aplicación no pueden preverse en todo su alcance posible porque la solución de un asunto concreto depende justamente de la apreciación particular de las circunstancias que en él concurren, lo cual no significa que necesariamente la norma se torne insegura o inconstitucional, ni que la autoridad tenga la facultad de dictar arbitrariamente la resolución que corresponda pues, en todo caso, el ejercicio de la función administrativa está sometido al control de las garantías de fundamentación y motivación que presiden el desarrollo no sólo de las facultades regladas, sino también de aquellas en que ha de hacerse uso del arbitrio.

Registro No. 175902. Localización: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, febrero de 2006 Página: 357. Tesis: 1a./J. 1/2006 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional. Amparo en revisión 712/2003.

A12

COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 3o. DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA POR EL HECHO DE NO DEFINIR EL CONCEPTO "AGENTES ECONÓMICOS". Si bien es cierto que el citado artículo no define qué debe entenderse por "agentes económicos", ni precisa las características que deben reunir, sino

que sólo enuncia quiénes podrían considerarse con tal carácter, también lo es que ello no lo torna violatorio de la garantía de seguridad jurídica tutelada por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que todo precepto normativo debe interpretarse armónicamente y no de manera aislada, pues al pertenecer a un sistema jurídico, necesariamente ha de vincularse a él para que su contenido adquiera sentido y precisión. Además, la Ley Fundamental no establece que sea un requisito indispensable que el legislador ordinario señale en cada ordenamiento legal un catálogo que defina los vocablos o locuciones utilizados ya que, por un lado, las leyes no son diccionarios y, por el otro, el sentido atribuible a cada una de las palabras empleadas en las normas depende de su interpretación conforme, según el sistema al que pertenezcan. Así, a través de la interpretación integral y sistémica de la Ley Federal de Competencia Económica, se deduce que los agentes económicos a que se refiere su artículo 3o., son las personas o entidades que compiten y concurren en la producción, procesamiento, distribución, intercambio y comercialización de bienes y servicios mediante contratos, convenios, arreglos o combinaciones pactadas entre sí, de tal manera que por sus ganancias y utilidades comerciales, su actividad trasciende a la vida económica del Estado, al repercutir en el proceso de competencia y libre concurrencia.

Registro No. 168978. Localización: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, septiembre de 2008 Página: 155. Tesis: 1a./J. 70/2008. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Administrativa.

A13

CONSTRUCCIONES PARA EL DISTRITO FEDERAL. EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 256 DEL REGLAMENTO RELATIVO, QUE PREVÉ LA REVOCACIÓN DEL REGISTRO DE MANIFESTACIÓN O DE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN ESPECIAL CUANDO SOBREVENGAN CUESTIONES DE OPORTUNIDAD O INTERÉS PÚBLICO EN TÉRMINOS DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO LOCAL, SIN QUE AQUÉL NI ÉSTA DEFINAN TALES CONCEPTOS, VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Es criterio de nuestro Máximo Tribunal que para cumplir con el imperativo de la garantía de seguridad jurídica consagrada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es necesario que las leyes prevean los parámetros necesarios para la imposición de las sanciones derivadas de su incumplimiento, para que no se dejen al arbitrio de la autoridad administrativa facultada para ello. Ahora bien, en el último párrafo del artículo 256 del Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal que establece: "Procederá la revocación del registro de manifestación de construcción o de la licencia de construcción especial, cuando sobrevengan cuestiones de oportunidad o interés público en los términos de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal.", no se señalan los parámetros a través de los cuales las autoridades administrativas pueden revocar los registros mencionados, pues dicha porción normativa se concreta a señalar que aquella facultad se ejercerá cuando sobrevengan causas de oportunidad o interés público, sin que precise qué debe entenderse por tales conceptos, así como a remitir a una legislación ordinaria que tampoco lo establece, lo que genera inseguridad jurídica y, por ende, viola el principio de legalidad previsto en el citado artículo 16 constitucional, toda vez que al

no estar establecida en el reglamento ni en la ley la definición de los conceptos que actualizan la conducta infractora que da lugar a la revocación, el gobernado no conoce los motivos por los que puede hacerse acreedor a dicha sanción.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 383/2007. María Victoria Valdés La Vallina Portela. 7 de diciembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: César Thomé González. Secretaria: María Ernestina Delgadillo Villegas.

A14

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA FORMA DE ACTUALIZARLOS AL CASO CONCRETO EXIGE UN PROCESO ARGUMENTATIVO QUE DEBE REDUCIR LA DISCRECIONALIDAD Y LAS APRECIACIONES SUBJETIVAS, ELIMINANDO LA ARBITRARIEDAD. Definir un concepto jurídico indeterminado puede ser complejo y requerir de una especial valoración, sobre todo cuando el lenguaje empleado en su redacción implique conceptos científicos, tecnológicos, axiológicos, económicos, políticos, sociológicos o de otras disciplinas, pues de suyo requiere acudir a ellas. Frente a tal caso es menester acudir a valores, principios e intereses que resulten compatibles con el fin de los actos administrativos para esclarecer el contenido y alcance de dichos conceptos. Por tanto, la subsunción puede ser discutible y opinable e implica estar en zonas de incertidumbre decisoria o probabilidad que necesariamente conducen a una discrecionalidad cognitiva o de juicio. Sin embargo, tener que sortear tales imprecisiones y vaguedad en la apreciación intelectual y cognoscitiva, no es en realidad un caso de discrecionalidad ni de apreciaciones

subjetivas. Efectivamente, al tenor de la intelección de los fines de la norma, aunado a la estimación de valores, políticas, principios e intereses en conflicto, todo ello situado en su contexto e interactuando, se obtiene que la autoridad debe encontrar una solución o respuesta en el caso concreto. Para completar la idea conviene distinguir que los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser: a) Conceptos de experiencia que consisten en apreciar hechos; la competencia del Juez es ilimitada y b) Conceptos de valor donde además de apreciar los hechos, se implican juicios de valor que pueden ser técnicos, por ejemplo, impacto ambiental, interés público, utilidad pública. Ello exige un proceso argumentativo en el que entran en juego valoraciones político-morales vigentes en el medio social, pues sólo así es posible adscribir un significado a los conceptos indeterminados frente a la situación prevaleciente, de suerte que la autoridad debe motivar cómo es que valoró y connotó, hecho y derecho, ya que a pesar de las apariencias se trata de un esquema condicional en el que se debe aplicar la regla a través de la subsunción y asignación de las consecuencias que el fin de la norma exige atender -intención y propósito del sistema normativo-. Así pues, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados reduce la discrecionalidad administrativa, eliminando la arbitrariedad de todo aquello que deba ser juzgado en términos de legalidad o justicia, pues la interpretación del concepto no necesariamente deriva del texto de la disposición que lo establece, sino del sentido contextual del ordenamiento.

Registro No. 177342 Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, septiembre de 2005 Página: 1431 Tesis: I.4o.A.59 K Tesis Aislada Materia(s): Común.

A15

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS O FLEXIBLES. LA FALTA DE UNA DESCRIPCIÓN PORMENORIZADA DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DE MODO, TIEMPO Y LUGAR PARA VALORARLOS Y FIJAR SU ALCANCE Y SENTIDO, ES UN HECHO QUE PUEDE SUBSANARSE AL MOMENTO DE APLICARLOS, SIN QUE ELLO IMPLIQUE QUE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PUEDA DICTAR SUS RESOLUCIONES EN FORMA ARBITRARIA. Los conceptos jurídicos indeterminados o flexibles, aunque en apariencia carecen de una definición concreta, son peculiares en las leyes que, al ser generales, impersonales y abstractas, tienen que incluir términos universales ante la imposibilidad de un casuismo riguroso. Por tanto, la compleja indeterminación de tales enunciados ha de ser dotada de contenido concreto mediante la aplicación, correlación, calificación y ponderación de los hechos o circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice su valoración, y que puedan resultar congruentes con su expresión genérica. Así, esa definición en abstracto, de conceptos laxos o inciertos (precio justo, justicia, autonomía) cuyo contenido puede ser científico, tecnológico, axiológico, económico, político, sociológico o perteneciente a otras disciplinas a las que es menester acudir, adquiere un significado específico, preciso y concreto en presencia de las circunstancias definidas en cada caso particular; esto es, al ser contextualizadas con los hechos del caso, es posible verificar si se obtienen o no los objetivos y fines que deben alcanzar y derivar las consecuencias respectivas, que tomando en cuenta los intereses en conflicto, permitan encontrar una solución concreta y práctica, por lo que la aparente vaguedad por falta de una descripción pormenorizada que no

detalla los citados medios para una predeterminación a priori del alcance, sentido o contenido limitativo del concepto, es un hecho que puede subsanarse al momento de ser aplicado y no implica dejar en manos de la autoridad la facultad de dictar arbitrariamente la resolución correspondiente, pues el ejercicio de la función administrativa está sometido al control de las garantías de fundamentación y motivación, tanto en los casos de las facultades regladas, como en el de aquellas donde ha de hacerse uso del arbitrio o la discreción, explicitando mediante un procedimiento argumentativo, por qué los hechos o circunstancias particulares encuadran en la hipótesis normativa que, entonces sí, resulta concretada al momento de subsumir los acontecimientos y motivar de esa manera la decisión, evitando visos de arbitrariedad.

Registro No. 172068. Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, julio de 2007 Página: 2472 Tesis: I.4o.A.594 A Tesis Aislada Materia(s): Administrativa.

A16

FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE LAS CONCEDIDAS A LA AUTORIDAD. La base toral de las facultades discrecionales es la libertad de apreciación que la ley otorga a las autoridades para actuar o abstenerse, con el propósito de lograr la finalidad que la propia ley les señala, por lo que su ejercicio implica, necesariamente, la posibilidad de optar, de elegir, entre dos o más decisiones, sin que ello signifique o permita la arbitrariedad, ya que esa actuación de la autoridad sigue sujeta a los requisitos de fundamentación y motivación exigidos por el artículo 16 de la Constitución Política

de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual permite que los actos discrecionales sean controlados por la autoridad jurisdiccional.

Registro No. 195530 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VIII, septiembre de 1998 Página: 56 Tesis: P. LXII/98 Tesis Aislada Materia(s): Administrativa.

A17

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD, SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN.- El contenido formal de la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional relativa a la fundamentación y motivación, tiene como propósito primordial y ratio que el justiciable conozca el "para qué" de la conducta de la autoridad, lo que se traduce en darle a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de voluntad, de manera que sea evidente y muy claro para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa. Por tanto, no basta que el acto de autoridad apenas observe una motivación pro forma pero de una manera incongruente, insuficiente o imprecisa, que impida la finalidad del conocimiento, comprobación y defensa pertinente, ni es válido exigirle una amplitud o abundancia superflua, pues es suficiente la expresión de lo estrictamente necesario, para explicar, justificar y posibilitar la defensa, así como para comunicar la decisión, a efecto de que se considere debidamente fundado y motivado, exponiendo los hechos relevantes para decidir, citando la norma habilitante y un argumento mínimo, pero suficiente para acreditar

el razonamiento del que se deduzca la relación de pertenencia lógica de los hechos al derecho invocado, que es la subsunción.

No. Registro: 175,082 / Jurisprudencia / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXIII, mayo de 2006 / Tesis: I.4o.A. J/43 / Página: 1531.

A18

FACULTADES DISCRECIONALES DE LAS AUTORIDADES. Los principios fundamentales que ha llegado a precisar la doctrina como normas del ejercicio de la facultad discrecional, son estos: no deben falsearse los hechos, sino que deben apreciarse de acuerdo con su naturaleza; no debe omitirse el estudio de las pruebas allegadas al expediente, ni deben suponerse hechos o pruebas inexistentes. Ahora bien, si la autoridad correspondiente se aparta de estos postulados, al decidir un asunto, no juzga según su conciencia y su prudente arbitrio, sino según su voluntad y su capricho, lo que es ilegal y antijurídico.

Registro No. 327156 Localización: Quinta Época; Instancia: Segunda Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación LXXI, Página: 2520 Tesis Aislada Materia(s): Común.

A19

FACULTADES DISCRECIONALES DE LAS AUTORIDADES. Cuando el legislador concede a una autoridad la facultad de decidir a su juicio, los asuntos de su resorte, se refiere al uso racional, de la facultad de resolver en conciencia, esto es, sin

sujeción a determinadas reglas legales, pero sin apartarse de las reglas más elementales de la lógica, porque de lo contrario, llegaría a apreciaciones y conclusiones absurdas, lo que seguramente no fue la intención del legislador.

Registro No. 327154; Localización: Quinta Época; Instancia: Segunda Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación LXXI, Página: 2520; Tesis Aislada Materia(s): Común.

A20

FACULTADES DISCRECIONALES. SU CONTROL EN EL AMPARO. El ejercicio de la facultad discrecional está subordinada a la regla del artículo 16 de la Constitución Federal, en cuanto este precepto impone a las autoridades la obligación de fundar y motivar los actos que puedan traducirse en molestias a la posesión y derechos de los particulares. Aunque dicho ejercicio implica un juicio subjetivo del autor del acto que no puede ni debe sustituirse por el criterio del Juez, sí está sujeto al control de este último, por lo menos cuando el juicio subjetivo no es racional, sino arbitrario y caprichoso, y cuando es enteramente injusto o contrario a la equidad; y puede añadirse que dicho control es procedente, cuando en el aludido juicio no se hayan tomado en cuenta las circunstancias de hecho, o sean alteradas injustificadamente, así como en los casos en que el razonamiento sea ilógico o contrario a los presupuestos generales del derecho.

Registro No. 802652; Localización: Sexta Época; Instancia: Segunda Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tercera Parte, IV Página: 120, Tesis Aislada Materia(s): Común.

A21

MERCADO RELEVANTE. SU CONCEPTO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA. La Ley Federal de Competencia Económica y su reglamento no establecen una definición conceptual de lo que es "mercado relevante", sin embargo, a través de los criterios contenidos en sus preceptos, se colige que se compone de todos los productos que son razonablemente intercambiables o sustituibles, según los fines para los que fueron hechos, considerando las características de precio, uso y calidad. 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. En ese orden de ideas, se advierte que este concepto, que tiene una triple delimitación: objetiva, geográfica y temporal, adquiere importancia si se considera que es en dicho mercado donde existe el riesgo de que los agentes económicos incurran en prácticas anticompetitivas que distorsionan la concurrencia y eficiencia económicas. Así, la definición de "mercado relevante" se convierte sólo en un medio para determinar la presencia o ausencia de poder en el mercado; no obstante, para evaluar si dicho poder de mercado existe, primero es indispensable identificarlo. Por otra parte, es importante precisar que el concepto jurídico indeterminado "mercado relevante" implica una valoración económica compleja de carácter discrecional que,

prima facie, sólo la Comisión Federal de Competencia puede construir a partir de la evidencia de que en principio dispone, por lo que opera una presunción de validez respecto a la conclusión obtenida, que exige a la parte investigada cuestionar, en su caso, la información y aplicación en lo sustancial y concreto de los hechos y criterios metodológicos o regulativos utilizados. Como ejemplos de algunas definiciones del concepto en estudio, se tiene que tanto la Comisión de Defensa de la Libre Competencia como el tribunal, ambos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú, afirman que: "El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores.". Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica se ha pronunciado en los siguientes términos: "El mercado se compone de los productos que tienen un grado razonable de intercambiabilidad según los fines para los que fueron hechos, y considerando las características de precio, uso y calidad.". También el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea señala: "El concepto de 'mercado relevante' implica que pueda existir una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado.". De lo expuesto se concluye que las condiciones básicas a considerar para definir el "mercado relevante" son: 1. La posibilidad de sustituir un bien por otro, lo que requiere una prueba de sustituibilidad de bienes o servicios ante la oferta y demanda que pueda oscilar; 2. Los costos de distribución del bien y de sus insumos; 3. La posibilidad de los consumidores

para obtener el bien en otro mercado; y, 4. Las restricciones normativas que limitan el acceso del consumidor a otras fuentes de abasto alternativas.

Registro No. 168609 Localización: Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, octubre de 2008; Página: 2225 Tesis: I.4o.A. J/75 Jurisprudencia Materia(s): Administrativa. Amparo en revisión 479/2006.

A22

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL DE SUS RESOLUCIONES. La Comisión Federal de Competencia es un órgano desconcentrado y especializado de la Administración Pública Federal que, en sus decisiones, aplica un margen de discrecionalidad, entendido como libertad para apreciar, del que ha sido investida para ponderar las circunstancias y actuar de manera concurrente con la finalidad perseguida por el legislador, prevista en la Ley Federal de Competencia Económica, es decir, en el desarrollo de su actividad son peculiares las valoraciones de tipo económico, sobre cuestiones de hecho, de derecho e incluso de actitudes subjetivas o una mezcla de todas éstas, buscando siempre la consecución de la finalidad establecida por la Constitución, que es evitar se realicen prácticas monopólicas, a través del control y sanción de conductas ilegítimas. De ahí, el despliegue de la potestad jurisdiccional para controlar el marco de legalidad y de legitimidad que establecen los artículos 16 constitucional y 51, fracción V, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, a efecto de que el ejercicio de

esas facultades discrecionales corresponda con los fines y las consecuencias que el orden jurídico consagra. Por tanto, el control judicial de los actos de dicha comisión, se realiza mediante la verificación de que sus actos no violen derechos fundamentales de los sujetos que intervienen en los procedimientos relativos, lo que acontecería, por ejemplo, cuando no se respetan las normas reguladoras del procedimiento y de motivación, haya inexactitud material de los hechos o sea evidente un error manifiesto de apreciación; en la medida que tales vicios se traduzcan en notoria arbitrariedad o desproporción en el ejercicio de la facultad concedida, incurriendo así en desvío de poder.

Registro No. 168499; Localización: Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, noviembre de 2008. Página: 1325. Tesis: I.4o.A.622 A. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa.

A23

COMISIÓN REGULADORA DE ENERGÍA. AL CONTAR CON DISCRECIONALIDAD PARA PRONUNCIARSE SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE LOS PERMISOS DE DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL, EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA AL CONOCER DE LA DEMANDA CONTRA LA RESOLUCIÓN EN LA QUE AQUÉLLA OMITIÓ DAR RESPUESTA A LA SOLICITUD RESPECTO DE LA INTERPRETACIÓN DE DETERMINADOS ASPECTOS VINCULADOS CON LAS OBLIGACIONES DE UN PERMISIONARIO, NO DEBE PRONUNCIARSE SOBRE EL PARTICULAR, SINO DECLARAR SU NULIDAD PARA QUE LA MENCIONADA AUTORIDAD LO HAGA. Los artículos 2, fracción VII, de la Ley de la Comisión Reguladora de Energía;

10, último párrafo, de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo y 107 del Reglamento de Gas Natural establecen, en primer lugar, que dicha comisión tiene por objeto, entre otras actividades, promover el desarrollo eficiente de la distribución de gas natural; en segundo, que se consideran de utilidad pública las actividades de construcción de ductos (tuberías e instalaciones para la conducción de gas); y, en tercero, que Petróleos Mexicanos, sus organismos subsidiarios y las empresas de los sectores social y privado, están obligados a prestar a terceros el servicio de transporte y distribución de gas por medio de ductos, a través de permisos otorgados por la referida comisión, lo que conlleva incluso la declaratoria de utilidad pública para el tendido de aquéllos en predios de propiedad pública, social o privada. Así, este régimen regulatorio, otorga discrecionalidad a la aludida comisión para evaluar el mérito y la oportunidad de la decisión sobre el cumplimiento de las condiciones de tales permisos, lo que implica una relación permanente entre la administración y el permisionario, con el fin de proteger el interés y la utilidad públicos frente a vicisitudes y circunstancias que puedan surgir más allá del horizonte que es posible prever al autorizar aquellas actividades. En esa tesitura, si un particular solicita a la citada comisión interpretar determinados aspectos relativos a la forma en que debe cumplir sus obligaciones, y ésta al dar respuesta omite pronunciarse al respecto, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, al conocer de la demanda contra ese acto, no debe sustituirse a la autoridad administrativa que tiene el conocimiento especializado de la materia y de la realidad fáctica en que se desarrolla y pretende prestar el servicio -distribución de gas natural-, ya que la respuesta a la petición puede implicar una valoración que va desde la comprobación de que se está llevando a cabo la actividad motivo del permiso de acuerdo con

los tiempos programados, hasta realizar valoraciones técnicas complejas, por lo que debe limitarse a declarar la nulidad para el efecto de que aquella dé la respuesta correspondiente.

Registro No. 171517; Localización: Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, septiembre de 2007 Página: 2497, Tesis: I.4o.A.598 A. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa.

A24

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN AMPARO DIRECTO. EL ESTUDIO DE LOS QUE DETERMINEN SU CONCESIÓN DEBE ATENDER AL PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO, PUDIÉNDOSE OMITIR EL DE AQUELLOS QUE AUNQUE RESULTEN FUNDADOS, NO MEJOREN LO YA ALCANZADO POR EL QUEJOSO, INCLUSIVE LOS QUE SE REFIEREN A CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. De acuerdo con la técnica para resolver los juicios de amparo directo del conocimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito, con independencia de la materia de que se trate, el estudio de los conceptos de violación que determinen su concesión, debe atender al principio de mayor beneficio, pudiéndose omitir el de aquellos que, aunque resulten fundados, no mejoren lo ya alcanzado por el quejoso, inclusive los que se refieren a constitucionalidad de leyes. Por tanto, deberá quedar al prudente arbitrio del órgano de control constitucional determinar la preeminencia en el estudio de los conceptos de violación, atendiendo a la consecuencia que para el quejoso tuviera el que se declararan fundados. Con lo anterior, se pretende privilegiar el derecho contenido en el artículo 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en garantizar a los ciudadanos el

acceso real, completo y efectivo a la administración de justicia, esto es, que en los diversos asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de amparo, se diluciden de manera preferente aquellas cuestiones que originen un mayor beneficio jurídico para el gobernado, afectado con un acto de autoridad que al final deberá ser declarado inconstitucional.

Registro No. 179367; Localización: Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, febrero de 2005; Página: 5; Tesis: P./J. 3/2005 Jurisprudencia Materia(s): Común.

A25

VIOLACIONES FORMALES Y DE FONDO EN EL AMPARO DIRECTO. DEBE PREFERIRSE EL ESTUDIO DE LAS SEGUNDAS, SIEMPRE QUE EL TRIBUNAL COLEGIADO DEL CONOCIMIENTO, BAJO SU PRUDENTE ARBITRIO, TENGA ELEMENTOS SUFICIENTES PARA ADVERTIR QUE CON ELLO SE DA UN MAYOR ALCANCE AL FALLO PROTECTOR, EN BENEFICIO DEL QUEJOSO. De la ejecutoria que dio lugar a la jurisprudencia P./J. 3/2005 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro es: "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN AMPARO DIRECTO. EL ESTUDIO DE LOS QUE DETERMINEN SU CONCESIÓN DEBE ATENDER AL PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO, PUDIÉNDOSE OMITIR EL DE AQUELLOS QUE AUNQUE RESULTEN FUNDADOS, NO MEJOREN LO YA ALCANZADO POR EL QUEJOSO, INCLUSIVE LOS QUE SE REFIEREN A CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES.", se obtiene que, bajo una nueva forma de abordar los conceptos de violación o, en su caso, las cuestiones que de oficio pueden hacerse valer,

cuando esto proceda, el mayor alcance protector que puede darse a la resolución del amparo a favor del quejoso, no siempre deriva de tan sólo reparar la violación procesal que se llegara a encontrar, pues hay casos en que ello únicamente lleva a la reposición del procedimiento en el juicio natural a partir de la citada violación, permitiéndole a éste plantear las defensas y excepciones que estimara pertinentes, quedando entonces la autoridad jurisdiccional responsable en aptitud de pronunciarse nuevamente sobre la contienda natural una vez agotados los trámites correspondientes, lo que no es correcto si con ello solamente se prolonga la solución definitiva del conflicto de que se trate, sin más justificación que la mera formalidad, porque el tribunal de amparo, partiendo de las constancias del asunto, cuente con elementos necesarios que le permitan un estudio que lo lleve, de manera efectiva, a pronunciarse sobre el fondo de la controversia natural, lo que debe preferirse si con ello se contribuye en el caso concreto a que también el tribunal de origen cuente con lineamientos específicos que le sirvan para alcanzar, con mayor prontitud, la conclusión del conflicto entre las partes.

Registro No. 178568; Localización: Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, abril de 2005; Página: 1533; Tesis: III.2o.A.41 K Tesis Aislada Materia(s): Común.

A26

FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL. SUS PRINCIPIOS Y LIMITACIONES. La Suprema Corte ha sostenido reiteradamente que el artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal, establece la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo Federal, la que se refiere a la posibilidad de

que dicho poder provea en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes, es decir, el Poder Ejecutivo Federal está autorizado para expedir las previsiones reglamentarias necesarias para la ejecución de las leyes emanadas por el órgano legislativo. Estas disposiciones reglamentarias, aunque desde el punto de vista material son similares a los actos legislativos expedidos por el Congreso de la Unión en cuanto que son generales, abstractas e impersonales y de observancia obligatoria, se distinguen de las mismas básicamente por dos razones: la primera, porque provienen de un órgano distinto e independiente del Poder Legislativo, como es el Poder Ejecutivo; la segunda, porque son, por definición constitucional, normas subordinadas a las disposiciones legales que reglamentan y no son leyes, sino actos administrativos generales cuyos alcances se encuentran acotados por la misma Ley. Asimismo, se ha señalado que la facultad reglamentaria del Presidente de la República se encuentra sujeta a un principio fundamental: el principio de legalidad, del cual derivan, según los precedentes, dos principios subordinados: el de reserva de ley y el de subordinación jerárquica a la misma. El primero de ellos evita que el reglamento aborde novedosamente materias reservadas en forma exclusiva a las leyes emanadas del Congreso de la Unión o, dicho de otro modo, prohíbe a la ley la delegación del contenido de la materia que tiene por mandato constitucional regular. El segundo principio consiste en la exigencia de que el reglamento esté precedido de una ley, cuyas disposiciones desarrolle, complemento o detalle y en los que encuentre su justificación y medida. Así, la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo Federal tiene como principal objeto un mejor proveer en la esfera administrativa, pero siempre con base en las leyes reglamentadas. Por ende, en el orden federal, el Congreso de la Unión tiene facultades legislativas, abstractas, amplias, impersonales e irrestrictas, consignadas

en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para expedir leyes en las diversas materias que ésta consigna; por tanto, en tales materias, es dicho órgano legislativo el que debe materialmente realizar la normatividad correspondiente, y aunque no puede desconocerse la facultad normativa del Presidente de la República, dado que esta atribución del titular del Ejecutivo se encuentra también expresamente reconocida en la Constitución, dicha facultad del Ejecutivo se encuentra limitada a los ordenamientos legales que desarrolla o pormenoriza y que son emitidos por el órgano legislativo en cita.

Registro No. 166655; Localización: Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; XXX, agosto de 2009; Página: 1067; Tesis: P./J. 79/2009; Jurisprudencia; Materia(s): Constitucional.

A27

FACULTAD REGLAMENTARIA. SUS LÍMITES. La facultad reglamentaria está limitada por los principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica. El primero se presenta cuando una norma constitucional reserva expresamente a la ley la regulación de una determinada materia, por lo que excluye la posibilidad de que los aspectos de esa reserva sean regulados por disposiciones de naturaleza distinta a la ley, esto es, por un lado, el legislador ordinario ha de establecer por sí mismo la regulación de la materia determinada y, por el otro, la materia reservada no puede regularse por otras normas secundarias, en especial el reglamento. El segundo principio, el de jerarquía normativa, consiste en que el ejercicio de la facultad reglamentaria no puede modificar o alterar el contenido de una ley, es decir, los reglamentos tienen como límite natural los alcances de las disposiciones que dan

cuerpo y materia a la ley que reglamentan, detallando sus hipótesis y supuestos normativos de aplicación, sin que pueda contener mayores posibilidades o imponga distintas limitantes a las de la propia ley que va a reglamentar. Así, el ejercicio de la facultad reglamentaria debe realizarse única y exclusivamente dentro de la esfera de atribuciones propias del órgano facultado, pues la norma reglamentaria se emite por facultades explícitas o implícitas previstas en la ley o que de ella derivan, siendo precisamente esa zona donde pueden y deben expedirse reglamentos que provean a la exacta observancia de aquélla, por lo que al ser competencia exclusiva de la ley la determinación del qué, quién, dónde y cuándo de una situación jurídica general, hipotética y abstracta, al reglamento de ejecución competará, por consecuencia, el cómo de esos mismos supuestos jurídicos. En tal virtud, si el reglamento sólo funciona en la zona del cómo, sus disposiciones podrán referirse a las otras preguntas (qué, quién, dónde y cuándo), siempre que éstas ya estén contestadas por la ley; es decir, el reglamento desenvuelve la obligatoriedad de un principio ya definido por la ley y, por tanto, no puede ir más allá de ella, ni extenderla a supuestos distintos ni mucho menos contradecirla, sino que sólo debe concretarse a indicar los medios para cumplirla y, además, cuando existe reserva de ley, no podrá abordar los aspectos materia de tal disposición.

Registro No. 172521; Localización: Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; XXV, mayo de 2007; Página: 1515; Tesis: P./J. 30/2007; Jurisprudencia; Materia(s): Constitucional.

A28

COMISIÓN NACIONAL DE SEGUROS Y FIANZAS. EL

ARTÍCULO 108, FRACCIÓN IV, DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES Y SOCIEDADES MUTUALISTAS DE SEGUROS, QUE LA FACULTA PARA EXPEDIR REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS, NO VIOLA LOS ARTÍCULOS 49 Y 89, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Las reglas generales administrativas dictadas en ejercicio de una facultad conferida a una Secretaría de Estado o a un órgano desconcentrado por una ley expedida por el Congreso de la Unión, corresponden a la categoría de ordenamientos que no son legislativos ni de índole reglamentaria, sino que se refieren a aspectos técnicos y operativos en materias específicas, cuya existencia obedece a los constantes avances de la tecnología y al acelerado crecimiento de la administración pública. En congruencia con lo antes expuesto, la fracción IV del artículo 108 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, que establece que la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas está facultada para expedir reglas de esa naturaleza, no pugna con la facultad reglamentaria del Presidente de la República ni con el sistema de división de poderes previstos, respectivamente, en los artículos 89, fracción I, y 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues en cuanto a la primera, la mencionada atribución no entraña una delegación de facultades, ni constituye una expansión en el ejercicio de la facultad reglamentaria, sino que se trata de la asignación directa de una atribución para allanar la aplicación técnico-operativa de la ley dentro de su ámbito específico; y en cuanto al segundo, no implica la delegación de facultad legislativa alguna a favor de la citada Comisión, ni ésta ejerce atribuciones reservadas constitucionalmente al Poder Legislativo.

Registro No. 184950; Localización: Novena Época; Instancia: Segunda Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; XVII,

febrero de 2003; Página: 224; Tesis: 2a./J. 7/2003; Jurisprudencia; Materia(s): Constitucional, Administrativa.

A29

COMERCIO EXTERIOR. LAS REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS EN ESA MATERIA PUEDEN REGULAR OBLIGACIONES DE LOS GOBERNADOS, SIEMPRE Y CUANDO RESPETEN LOS PRINCIPIOS DE RESERVA DE LEY Y RESERVA REGLAMENTARIA, Y SE APEGUEN AL CONTEXTO LEGAL Y REGLAMENTARIO QUE RIGE SU EMISIÓN. Las referidas reglas generales las emite el Presidente del Servicio de Administración Tributaria con base en los artículos 14, fracción III, de la Ley del Servicio de Administración Tributaria y 33, fracción I, inciso g), del Código Fiscal de la Federación, los que a su vez se sustentan en los diversos 73, fracción XXX y 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que no existe impedimento constitucional para que mediante esas reglas se regulen determinadas obligaciones de los gobernados, siempre y cuando no incidan en una materia sujeta a reserva de ley y no rebasen el contexto legal y reglamentario que rige su emisión, aunado a que aquéllas no se rigen por lo previsto en los artículos 33, penúltimo párrafo y 35 del Código Fiscal de la Federación, ya que éstos se refieren a los criterios internos que deben seguirse en la aplicación de las normas que inciden en el ámbito fiscal, bien sea una ley, un reglamento o una regla general administrativa, por lo que por su propia naturaleza no pueden generar obligación alguna a los gobernados sino, en todo caso, ser ilustrativos sobre el alcance de alguna disposición de observancia general, y de publicarse en el Diario Oficial de la Federación, otorgar derechos a los contribuyentes, a diferencia de las citadas reglas generales,

que son de cumplimiento obligatorio para los gobernados, sin menoscabo de que alguna de ellas, en virtud de sentencia dictada en algún medio de defensa jurisdiccional establecido por el orden jurídico nacional, pueda perder sus efectos total o parcialmente, por no respetar los mencionados principios que rigen su emisión.

Registro No. 180700; Localización: Novena Época; Instancia: Segunda Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; XX, septiembre de 2004; Página: 109; Tesis: 2a./J. 107/2004; Jurisprudencia; Materia(s): Administrativa.

A30

RECONSIDERACIÓN. LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL RECURSO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 39 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, NO ES IMPUGNABLE ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. El citado artículo otorga a los afectados por las resoluciones dictadas por la Comisión Federal de Competencia, la facultad de impugnarlas ante la propia Comisión, a través del recurso de reconsideración; asimismo, dispone el plazo para la interposición de éste, las formalidades de su tramitación, el otorgamiento de la suspensión y el propósito de dicho medio de defensa (revocar, modificar o confirmar la resolución reclamada). Como se observa, el recurso de reconsideración es, en sí, un medio ordinario de defensa, previsto en ley, que procede en contra de las determinaciones de la Comisión Federal de Competencia, dictadas con apoyo en la ley de la materia. Por otro lado, el artículo 2 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo prevé que el juicio contencioso administrativo federal procede, entre otros actos,

en contra de las resoluciones administrativas definitivas que establece la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Ahora bien, ni en la fracción XV del artículo 11 de la citada Ley Orgánica vigente hasta el 6 de diciembre de 2007, ni en la fracción XV de su correlativo artículo 14 de la vigente, se establece expresamente dentro de la competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la resolución dictada en el recurso de reconsideración previsto en el artículo 39 de la Ley Federal de Competencia Económica. De lo anterior se concluye, que la resolución dictada dentro del recurso, no es impugnabile a través de medio ordinario de defensa alguno, por lo que sólo puede combatirse a través del juicio de amparo indirecto, en términos del numeral 107, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Registro No. 170034; Localización: Novena Época; Instancia: Segunda Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, marzo de 2008 Página: 174; Tesis: 2a./J. 30/2008; Jurisprudencia Materia(s): Administrativa. Contradicción de tesis 248/2007-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero, Cuarto y Décimo Primero, todos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 20 de febrero de 2008.

A31

RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNABLES ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. NO ES NECESARIO AGOTAR EL JUICIO CORRESPONDIENTE, PREVIAMENTE AL AMPARO, AL PREVER EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MAYORES REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN

QUE LOS PREVISTOS EN LA LEY QUE RIGE EL JUICIO DE GARANTÍAS. Del examen comparativo del citado precepto con los artículos 124, 125 y 135 de la Ley de Amparo, se advierte que se actualiza la excepción al principio de definitividad prevista en la fracción XV del artículo 73 de la Ley de Amparo, en virtud de que el artículo 28 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo establece mayores requisitos para conceder la suspensión del acto reclamado que la Ley de Amparo, a saber: 1) circunscribe la posibilidad de solicitar la medida cautelar a los supuestos en que la autoridad ejecutora niegue la suspensión, rechace la garantía ofrecida o reinicie la ejecución; 2) obliga al solicitante a ofrecer, en su caso, las pruebas documentales relativas al ofrecimiento de la garantía, a la solicitud de suspensión presentada ante la autoridad ejecutora y, si la hubiere, la documentación en que conste la negativa de la suspensión, el rechazo de la garantía o el reinicio de la ejecución; 3) obliga a ofrecer garantía mediante billete de depósito o póliza de fianza, para reparar los daños o indemnizar por los perjuicios que pudieran causarse a la demandada o terceros con la suspensión si no se obtiene sentencia favorable en el juicio -debiendo expedir dichos documentos a favor de las partes demandadas-; 4) constriñe a exponer en el escrito de solicitud de suspensión, las razones por las cuales se considera que se debe otorgar la medida cautelar y los perjuicios que se causarían en caso de la ejecución de los actos cuya suspensión se solicite; 5) condiciona el otorgamiento de la suspensión a que, sin entrar al fondo del asunto, se advierta claramente la ilegalidad manifiesta del acto impugnado; y, 6) establece que se otorgará la suspensión si la solicitud es promovida por la autoridad demandada por haberse concedido indebidamente. En ese tenor, al actualizarse la excepción al principio de definitividad aludido, es factible acudir directamente al juicio de amparo sin agotar previamente

Referencias bibliográficas

Ackerman, John M. (2009), Monopolio, competencia y regulación, Revista Proceso, No. 52.

Álvarez, Clara Luz,
(2008), Derecho de las telecomunicaciones, Primera Edición, Miguel Ángel Porrúa, México.
Análisis de las Reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones.

APEC,
(2009), Economic Policy Report.
(2005), Integrated Checklist on Regulatory Reform: A Policy Instrument for Regulatory Quality, Competition Policy and Market Openness.

Bacigalupo Saggese, Mariano (2007), La Coordinación de la Comisión Nacional de Competencia con los Reguladores Sectoriales en la Nueva Ley de Defensa de la Competencia, Revista de la Administración Pública, No. 174, Madrid, España.

Baldwin, Robert & Cave, Martin (1999), Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice, Oxford University Press.

Baldwin, Robert & McCrudden, C. (1987), Christopher, Regulation and Public Law, Weidenfeld & Nicolson Ltd, London.

Banco de México (2009), Informe Trimestral Abril-Junio.

Camero Ocampo, Jorge Arturo; Pérez Dayán, Alberto G; Tron Petit, Jean Claude (2007), Propuesta para la Subespecialización de los Tribunales Colegiados en Materia Administrativa en el Primer Circuito.

Centro de Estudios Espinosa Yglesias (2009), Evaluación de los Órganos Reguladores en México.

Chong, Alberto y López-de-Silanes, Florencio (2004), Privatization in Latin America: What Does Evidence Say?, Project Muse.

Clavijo, Fernando y Valdivieso, Susana (2000), Reformas Estructurales y Política Macroeconómica de México: el Caso de México 1982-1999, ECLAC, Serie Reformas Económicas.

Comisión Federal de Competencia (2004-2008), Informes Anuales.

Fraga, Gabino (2002), Derecho Administrativo, Porrúa, 42ª edición, México,

Frías, Víctor (2009), Propuesta de Cambio, Red Mexicana de Competencia y Regulación, CIDAC, México.

García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (2006), Curso de Derecho Administrativo I, Primera Edición anotada de la Duodécima Edición, Civitas Ediciones, Argentina.

Gilardi, Fabrizio (2002), Policy Credibility and Delegation to Independent Regulatory Agencies: A Comparative Empirical Analysis, Journal of European Public Policy, vol.9, No. 6.

Global Competition Review (2009).

Growth Report (2008), The Growth Commission.

Healy, Michael (2002), Spurious Interpretation Redux: Mead and the Shrinking Domain of Statutory Ambiguity, 54 Administrative Law Review 673.

Hernández Arroyo, Federico (2007), La independencia de las agencias reguladoras en México, El caso de los sectores energético y de telecomunicaciones, Gestión y Política Pública, Vol. XVI, No. 1, México, D.F.

Howarth, Cooley (2002), Unites States v Mead Corp: More Pieces for the Chevron/Skidmore Deference Puzzle, 54 Administrative Law Review 699.

Ibarra, Luis Alberto (2009), Las Regulaciones para la Competencia, Foro sobre la Reforma Regulatoria, Secretaría de Economía-OCDE.

ICT (2008), Regulation Toolkit, Module 6: Legal and Institutional Framework.

IMCO (2009), Competitividad Internacional 2009, México ante la crisis que cambió al mundo.

Jacobzone, Stéphane (2005), Independent Regulatory Authorities in OECD Countries: an overview, OECD Secretariat.

Jordan, William (2002), Judicial Review of Informal Statutory

Interpretations: the Answer is Chevron Step Two, Not Christensen or Mead, *Administrative Law Review*, Vol. 54, No. 2.

McCubbins, Mathew D & Kiewiet, Roderick D (1991), *The Logic of Delegation, Congressional Parties and The Appropriations Process*, The University of Chicago Press.

Krotoszynski, Ronald J. (2002), *Why Deference? Implied Delegations, Agency Expertise and the Misplaced Legacy of Skydmore*, 54 *Administrative Law Review* 735.

La Porta, Rafael y López-de-Silanes (1997), *The Benefits of Privatization, Evidence from Mexico, Public Policy for the Private Sector*, No. 117.

Larsen, Pederson, Sorensen & Olsen, *Independent Regulatory Authorities in Europe*, akf, Copenhagen.

Levin, Ronald M. (2002), *Mead and the Prospective Exercise of Discretion*, *Administrative Law Review*, Vol. 51, No. 3.

López Ayllón, Sergio y Haddou Ruiz, Ali (2007), *Rendición de cuentas y diseño institucional de los órganos reguladores en México*, *Gestión y Política Pública*, Vol. XVI, No.1.

López-Velarde, Alejandro (2009), *The new foreign participation rules in each sector of the Mexican oil and gas industry: are the modifications enough for foreign capitals? The Journal of World Energy Law & Business*, Oxford Journals.

López-Velarde, Rogelio (2008), *Mitos, Absurdos y Paradojas*

de la Industria Petrolera Mexicana, *Revista Forma*, Fundación Colosio, Número II.

McCubbins, Mathew D. & Kiewiet, Roderick D. (1991), *The Logic of Delegation, Congressional Parties and The Appropriations Process*, The University of Chicago Press.

Majone, G., (2002), *Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity*, *European Law Journal*, Vol.8, No.3. (1996), *Regulating Europe*, Routledge, London.

Mariscal, Judith y Rivera, Eugenio (2007), *Regulación y competencia en las telecomunicaciones mexicanas*, *Serie estudios y perspectivas*, No. 83, CEPAL.

OECD, (2009), *Economic Survey of Mexico*. (2007), *Economic Survey of Mexico*. (2005), *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*, *Proceedings of an Expert Meeting in London*. (2005), *Principles for Regulatory Quality and Performance*. (2004), *Revisión de la OCDE sobre reforma regulatoria, Avances de la Implementación de México*. (2002), *Regulatory Policies in OECD Countries, From Interventionism to Regulatory Governance*, *Reviews on Regulatory Reform*. (2001), *Distributed Public Governance, Agencies Authorities and Other Autonomous Bodies*, Preliminary Draft. (2000), *Telecommunications Regulations: Institutional Structures and Responsibilities*, Working Party on

Telecommunication and Information Services Policies. (1995), Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Action.

Ocana, Carlos (2002), Trends in the Management of Regulation: a Comparison of Energy Regulators in OECD Member Countries, Energy Division IEA.

Ogus, Anthony I. (2001), Regulatory Institutions and Structures, Centre on Regulation and Competition, Working Paper Series, Paper No.4.

Rogozinski, Jacques (1993), La privatización de las empresas públicas, Fondo de Cultura Económica.

Sanford V. Berg (2009), Characterizing Efficiency and Effectiveness of Regulatory Institutions, University of Florida.

Smith, W. (1997), Utility Regulators: The Independence Debate, Public Policy for the Private Sector, Note. 127, The World Bank Group, Finance, Private Sector and Infrastructure Network.

Stiglitz, Joseph (2002), Globalization and its Discontents, Norton & Co., New York.

Tatcher, Mark, (2007), Regulatory Agencies, the States and the Markets: a Franco-British Comparison, EUI Working Papers, RSCAS 2007/17, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute. (2005), Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe, from Gerardin, Munoz and Petit (eds),

Regulatory Authorities in the EC: a New Paradigm for European Governance, Edward Elgar. (2001), Delegation to Independent Regulatory Agencies in Western Europe, Paper presented at the 29th ECPR Joint Session of Workshop, Grenoble, France.

Torres López, Juan (1987), Análisis Económico del Derecho, Ed. Tecnos, Madrid.

Tovar Landa, Ramiro (2003), Reforma regulatoria en telecomunicaciones: competencia, infraestructura y servicio universal, Gaceta de Economía, ITAM, Año 9, Número Especial.

Peñarrubia Iza, Joaquín M. (1995), La Moderna Jurisprudencia sobre Discrecionalidad Técnica, Revista de Administración Pública, No. 126, Madrid, España.

Piedras, Ernesto (2005), ¿Tiene México el sector de telecomunicaciones que necesita?, Revista Bien Común, No. 136, México.

Roldán Xopa, José, (2008), Derecho Administrativo, Ed. Oxford, México. (2007), Estado y Economía en México, Estrategias y Función del Derecho, Derecho comparado Asia-México, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

Tron Petit, Jean Claude, (2009), El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional. (2008), ¿Qué es y cómo debe funcionar un tribunal

especializado en propiedad intelectual?
(2008) La Nulidad de los Actos Administrativos, Porrúa, México
(en coautoría con Reyez Ortiz, Gabriel).

UK Better Regulation Commission, Five Principles of Good Regulation.

Fernández Vázquez, Emilio (1981), Diccionario de Derecho Público, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina.

World Bank (2007), Democratic Governance in Mexico: Beyond State Capture, Report No. 37293-MX.

World Economic Forum (2009), Global Competitiveness Report 2009-2010.

World Forum on Energy Regulation (2003), Draft Guidelines for Energy Regulation and Regulatory Practice.

Agradecimientos

Agradezco los comentarios que para diversas áreas específicas amablemente recibí de Clara Luz Álvarez González de Castilla (telecomunicaciones), Jacinto Faya Viesca (constitucional), Miriam Grunstein (energía), Ángel López Hoher (competencia), Alejandro López-Velarde (energía), David Quezada Bonilla (mejora regulatoria) y Jean Claude Tron Petit (poder judicial). Asimismo, agradezco la revisión general del estudio y comentarios de María Cristina Capelo, Alain De Remes y Miguel Flores Bernés. Finalmente, agradezco en particular el apoyo de Abel Rivera para la parte de investigación, revisión de jurisprudencia y recopilación de información. Aclaro que todas y cada una las opiniones y análisis presentados a lo largo del presente estudio son responsabilidad exclusiva del autor.

Alejandro Faya Rodríguez

Es Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana, Maestro en Derecho por la Universidad de Oxford y Maestro en Políticas Públicas Comparadas por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Cuenta también con cursos especializados en Derecho Internacional Público y Privado por la Academia de Derecho Internacional de la Haya.

Se ha desempeñado tanto en el sector privado, como miembro de prestigiadas firmas legales, como en el sector público. Como ex funcionario de la Secretaría de Economía, negoció diversos tratados internacionales en materia de inversión, con países de Asia, Europa y América Latina y fungió como asesor jurídico principal para temas de reforma regulatoria.

Actualmente es director de AFR consultoría jurídica y consultor de la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo. Sus líneas de trabajo se concentran en temas de Derecho Económico Internacional y Regulación. Es miembro e investigador de la Red de Competencia y Regulación del CIDAC y profesor de Derecho a nivel de Maestría y Especialidad en la Universidad Iberoamericana y la Universidad Nacional Autónoma de México.

Sobre CIDAC

Con 25 años de existencia, el Centro de Investigación para el Desarrollo A.C. (CIDAC) es un think tank independiente, sin fines de lucro, dedicado al estudio e interpretación de la realidad mexicana y a la presentación de propuestas viables para el desarrollo de México en el mediano y largo plazos. Elabora propuestas: que contribuyan al fortalecimiento del Estado de Derecho y a la creación de condiciones que propicien el Desarrollo Económico y Social de México; que enriquezcan la opinión pública; y que aporten elementos de juicio aprovechables en los procesos de toma de decisión de la sociedad.

Sobre la Red Mexicana de Competencia y Regulación

La Red Mexicana de Competencia y Regulación es un espacio impulsado por CIDAC para canalizar ideas y propuestas que promuevan cambios en materia de competencia y regulación en beneficio de los consumidores. Participan en ella académicos, funcionarios públicos, actores de la sociedad civil y profesionales de diversas instituciones tanto públicas como privadas que operan en el país.

