

Respuestas a la consulta pública para mejorar la transparencia de la labor de la CFC



El objetivo del Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC) a través de la Red Mexicana de Competencia y Regulación es presentar ideas en el debate público, plantear opciones viables para sentar reglas claras que fomenten la libre competencia. Las opiniones reflejadas en este documento representan a los respectivos autores y no necesariamente las de CIDAC, ni las de otras personas que colaboran con la Red Mexicana de Competencia y Regulación.

Colaboraciones :

Andrés Blancas
Alejandro Faya
Víctor Frías
Miriam Grunstein
Bosco Labardini
Víctor Pav®Æn-Villamayor
Adriaan ten Kate
Victor H. Valdés
Jorge Velázquez Roa

Introducción

Recientemente, la Comisión Federal de Competencia (CFC) convocó a una consulta pública con el objetivo de mejorar la transparencia en el ejercicio de sus funciones. Cumpliendo con este llamado, la Red Mexicana de Competencia y Regulación solicitó a algunos de sus colaboradores sus opiniones al respecto. El presente documento reúne sus propuestas, sin que necesariamente gocen de un consenso o la aprobación de todos los colaboradores.

Las opiniones y recomendaciones aquí presentadas parten de la premisa de que existe una relación fundamental entre transparencia y fortalecimiento institucional. Si bien debe cuidarse el balance entre rendición de cuentas y autonomía institucional, exigir mayor transparencia no implica necesariamente mayor vulnerabilidad para la institución. Al contrario, transparentar información útil y oportuna, sin violar los requisitos de confidencialidad correspondientes, contribuirá a mejorar procesos internos y a fortalecer económica y jurídicamente las decisiones de la Comisión, así como brindar certidumbre, al tiempo que le permitirá generar credibilidad ante la ciudadanía y los agentes económicos.

Recomendaciones

1. Transparentar las deliberaciones del Pleno

Las propuestas realizadas en este senado por los colaboradores de la Red varían desde la apertura total de las sesiones del Pleno, de la misma manera que lo hace la Suprema Corte, hasta la publicación de las actas, pasando por la realización de audiencias públicas durante la investigación de algunos casos –como sucede en algunos países como el Reino Unido. Lo anterior, sin perjuicio de las salvaguardas de confidencialidad correspondientes. Los colaboradores coincidieron también en la necesidad de transparentar los votos particulares y disidentes.

Sería importante, incluso, contar con la oportunidad de transparentar el contacto entre la Secretaria Ejecutiva y el Pleno, por un lado, y las partes sujetas a procedimiento y el Pleno, por el otro. Una audiencia pública en donde ambos lados estuvieran presentes y pudieran públicamente presentar sus conclusiones al Pleno mejoraría de forma importante el proceso deliberativo.

2. Definir y publicar lineamientos (guías) de investigación

A diferencia de la propuesta anteriormente presentada, la definición y publicación de lineamientos o criterios de investigación fue manifestada simultáneamente por todos los expertos consultados.

Definir criterios y razonamientos ex ante crearía certidumbre jurídica para los agentes económicos, probablemente contribuiría a generar un efecto disuasivo en los mismos, y fortalecería las decisiones en lo jurídico. Para que este proceso sea predecible, debe de estar sustentado en un análisis empírico, utilizando métodos soportados en la teoría donde el espacio para la interpretación sea reducido.

Actualmente el procedimiento es percibido como incierto, y la solidez en los argumentos técnicos deja aún mucho que desear. La Comisión explica el procedimiento que sigue, pero no explica la metodología, no explica la lógica económica que la guía, ni el peso relativo que le da a un argumento económico versus el otro. De esta manera, existe una percepción de que ganar o perder un caso frente a la Comisión depende de qué tan hábil sea la persona encargada de la investigación para persuadir al Pleno o al poder judicial y no de un manejo de criterios y razonamientos claramente definidos y sistematizados.

Dos ejemplos exitosos en esta práctica son Estados Unidos, donde se tienen lineamientos para concentraciones no horizontales, para joint ventures, concentraciones específicas para bancos, para dar licencia de propiedad industrial, y La Comisión Europea tiene una metodología pública de cómo se determinan las sanciones, papers que ha solicitado a académicos sobre diversos temas.

¿Cómo se puede disminuir el margen de subjetividad en la CFC? Precisamente definiendo ex ante lineamientos y razonamientos donde no existan amplios márgenes de discrecionalidad para la aplicación de la ley. Existen varios ejemplos internacionales y no hay razón para que la Comisión no vaya por este camino. A su vez esta propuesta aseguraría a la Comisión mayores casos ganados en tribunales, ya que daría a los jueces mejores criterios de interpretación para la revisión de las decisiones y disminuiría la percepción de uso arbitrario o extralimitado de potestades discrecionales.

3. Realizar evaluaciones ex post de los casos llevados por la Comisión

Es importante que la CFC fije públicamente las metas y objetivos conforme a los cuales se hará una evaluación sobre su desempeño. Una de las sugerencias de la mesa consiste en realizar evaluaciones ex post de un fiscalizador ciudadano con un formato semejante al que utilizan en Reino Unido. La autoridad de competencia de ese país, la OFT, contrata investigadores externos para evaluar y crear un *benchmark* de su desempeño, que posteriormente sirve para realizar un documento en el que se exponen ideas que podrían mejorar la transparencia sometiéndolo a la evaluación del ciudadano (<http://www.oft.gov.uk/about/transparency/>).

Las evaluaciones ex post servirían en primera instancia para legitimar los esfuerzos de la Comisión frente a actores políticos y económicos que constantemente exigen transparencia en sus procesos. Además, tales evaluaciones le darían a la Comisión una herramienta muy poderosa para exigir reformas y cambios necesarios en varios niveles de gobierno, con el aval de expertos académicos.

La segunda recomendación de la mesa que trata el tema de la evaluación externa implica transparentar los resultados de los procedimientos judiciales. Esto, dado que hoy en día se percibe que la Comisión tiene una estadística de resultados en estos procedimientos cuyo origen es desconocido. Es necesario conocer cuántos procedimientos se inician, por qué y cómo terminan para poder tener una evaluación objetiva del desempeño de la Comisión.

4. Separar las funciones de investigación y sanción de la CFC

Esta recomendación fue ampliamente debatida en la mesa de expertos convocada y no se llegó a un consenso.

Por un lado, los expertos que realizaron esta recomendación se basaron en el entendimiento de que si la misma autoridad que investiga también emite un fallo necesariamente tiene un sesgo (conflicto de interés). Esto limita las posibilidades de reconocer cuando algunas prácticas, aún siendo anticompetitivas, promueven más comercio o mejores resultados para la economía, convirtiendo las acciones de la Comisión en acciones de persecución en lugar de acciones de investigación. Para resolver este problema, se propuso separar las funciones de investigación y decisión (incluyendo sanción) que actualmente se concentran en la Comisión, buscando la intervención de un juez al momento de resolver los casos.

Por el otro lado, varios de los expertos sustentaron su oposición a esta recomendación comentando que bajo consideraciones de eficacia, la práctica internacional apunta a combinar funciones de investigación y decisión (sanción) en la misma institución, siempre y cuando existan espacios para la presentación de pruebas durante el proceso y por supuesto la posibilidad de acudir a tribunales en caso de inconformidad. El enfoque colegiado también permite que los resultados de la investigación no sean necesariamente avalados. Además, comentaron que la separación de las funciones de la CFC (investigación y decisión) sería desastrosa para México, ya que las decisiones judiciales en el país tienden a tomarse basadas en la forma y no en el fondo de los asuntos, particularmente en casos de concurrencia. Así, de separarse ambas funciones, una decisión de la Comisión que podría tener alto impacto económico para el país y los consumidores terminaría por perderse completamente debido a formas legales aplicadas sin conocimiento del espíritu de la decisión.

Una tercera alternativa propuesta, consiste en separar orgánicamente la Secretaría Ejecutiva del Presidente. La primera tendría la función de investigación, pero sería independiente jerárquicamente del Presidente. El Presidente, entonces, sólo sería un miembro más del Pleno, con voto de calidad, pero sin responsabilidad administrativa en la Comisión. Esto daría lugar a un “tribunal administrativo especializado”, independiente del investigador.

5. Fomentar coordinación entre todos los reguladores sectoriales

Lo ideal para el correcto funcionamiento de los órganos reguladores en México y para la promoción de la libre competencia, sería que la CFC liderara la coordinación en temas de competencia con otros entes reguladores en el país. Esto requeriría en primer lugar un cambio legal para darle poder vinculativo a todas las opiniones de la CFC. Por parte de la CFC, se requeriría la emisión de lineamientos para casos sectoriales y una obligación para los demás órganos reguladores de remitir a la Comisión cualquier asunto que involucre posibles violaciones en materia de competencia.

De hecho, En EE.UU. la *Federal Trade Commission* trabaja en combinación con otras dependencias de gobierno, a través de compartir información o dar capacitación por parte de esta Comisión a funcionarios de otras dependencias.

Se propuso como mínimo, que los diversos reguladores con fines relacionados con la competencia tengan reuniones periódicas a fin de transparentar sus actuaciones y buscar mecanismos más adecuados de coordinación.

Otro ejemplo referido entre los colaboradores es el de los estudios de investigación de mercado hechos por la OFT. En el Reino Unido, la OFT inicia una investigación de mercado por cuenta propia o a petición de un regulador sectorial. Estos últimos no pueden llevar a cabo las investigaciones. En este sentido, la OFT es un regulador transversal en términos de la política de competencia.

6. Cambios constitucionales que ayudarían a transparentar aún más la función de la CFC

Cabe señalar que para implementar la mayoría de las recomendaciones contenidas en este documento no se necesita cambiar la ley. Por lo tanto, se trata de un proceso de mejora que puede darse al interior de la CFC. Sin embargo, algunos arreglos que abonarían a la transparencia, como la no objeción del Senado en los nombramientos de los Comisionados y la presentación de reportes anuales ante el Congreso (lo cual implicaría cambiar la naturaleza jurídica), requerirían modificaciones a la Constitución, a la luz de los resolutivos que al respecto ha hecho la Suprema Corte.