

REFLEXIONES A LA INICIATIVA DE LEY DE COMPETENCIA ECONÓMICA





México 2014

D.R. 2014, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C.
(CIDAC)

Jaime Balmes No. 11 Edificio D, 2o. piso Col. Los Morales
Polanco, 11510 México, D.F. T. +52 (55) 59851010

www.cidac.org

Diseño por Gabriela Esquinca Ozorno

Usted puede descargar, copiar o imprimir este documento para su propio uso y puede incluir extractos en sus propios documentos, presentaciones, blogs, sitios web y materiales docentes, siempre y cuando se dé el adecuado reconocimiento al autor y CIDAC como fuente de la información.

El documento en formato digital se encuentra disponible en:
<http://www.cidac.org>



ACERCA DEL CIDAC

El Centro de Investigación para el Desarrollo A.C. (CIDAC) es un think tank independiente, sin fines de lucro, que realiza investigaciones y presenta propuestas viables para el desarrollo de México en el mediano y largo plazo. Su objetivo es contribuir, mediante propuestas de políticas públicas, al fortalecimiento del Estado de Derecho y a la creación de condiciones que propicien el desarrollo económico y social del país, así como enriquecer la opinión pública y aportar elementos de juicio aprovechables en los procesos de toma de decisión de la sociedad.

El CIDAC cuenta con un patronato responsable de la supervisión de la administración del Centro y de la aprobación de las áreas generales de estudio. Sin embargo, las conclusiones de los diversos estudios, así como sus publicaciones, son responsabilidad exclusiva de los profesionales de la institución.

ACERCA DE LA RED MEXICANA DE COMPETENCIA Y REGULACIÓN

La Red Mexicana de Competencia y Regulación es un proyecto que reúne a destacados profesionales de varias instituciones que comparten su interés por el análisis de las cuestiones de competencia y regulación de la economía mexicana.



ÍNDICE

Reflexiones a la Iniciativa de Ley de Competencia Económica
.....5

Comentario de Rodrigo Morales Elcoro
.....12

Comentario de Juan Delgado
.....26

Comentario de investigadores del Centro de Investigación y
Docencia Económicas
.....50

Reflexiones a la Iniciativa de Ley de Competencia Económica

El pasado 19 de febrero el Ejecutivo Federal presentó la iniciativa de Ley Federal de Competencia Económica (LFCE en lo sucesivo). Durante un mes se han celebrado multitud de foros y debates sobre las bondades y defectos de esta iniciativa. El pasado 25 de marzo una versión modificada fue aprobada por la Cámara de los Diputados y enviada al Senado para su evaluación y aprobación.

Las reformas constitucionales del 2013 en materia de competencia invitaban a tener un regulador más fuerte, con unas reglas más equitativas para todas las empresas que igualaran el campo de juego y con el objetivo claro de acabar con las prácticas monopólicas... y los monopolios. Y aquí es donde empezaron los problemas.

La propuesta de LFCE se hizo pensando no solo en regular un sector tan horizontal como la competencia económica con una visión prospectiva, sino que ya se tenía en mente determinadas conductas y/o situaciones en el mercado que debían ser eliminadas a toda costa para poder abrir esos mercados a la competencia. Mientras que este objetivo es muy loable y beneficia de sobremanera a los consumidores, la técnica legislativa utilizada adolece de ciertos vicios precisamente por focalizarse en esas metas.

Por ello, desde CIDAC hemos querido recopilar en esta obra las opiniones de varios expertos nacionales e internacionales donde se analizan a detalle todos los aspectos de esta propuesta de LFCE, destacando algunos de los riesgos que puede suponer continuar con determinadas propuestas y realizando recomendaciones para mejorar la redacción actual.

Además de estas opiniones detalladas, para ofrecer al lector un resumen con los puntos más destacados, nos gustaría enumerar en este prefacio algunos de los elementos que han generado mayor debate y que, de no ser regulados correctamente, podrían crear una gran incertidumbre jurídica para las empresas:

Barreras a la competencia: Este término es sin duda uno de los que más dificultades va a generar. En primer lugar, cabe destacar que este concepto es una innovación del legislador mexicano. Por su redacción pareciera ser un término equivalente a las barreras a la entrada, pero no es así. Las barreras a la entrada son elementos o características del mercado que pueden dificultar el acceso de nuevos competidores al mercado, pero una barrera a la entrada no es un hecho punible en ninguna jurisdicción.

Sin embargo, las barreras a la competencia, según la última redacción enviada al Senado pueden ser *"cualquier característica estructural del mercado, hecho o acto de los Agentes Económicos que tenga por objeto o efecto impedir el acceso de competidores o limitar su capacidad para competir en los mercados, así como las disposiciones jurídicas emitidas por cualquier orden de gobierno, en ambos casos que impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia;"* (subrayado añadido).

Existen muchos actos de las empresas que pueden constituir una barrera como por ejemplo, innovar productos, reducir costos, invertir más en publicidad para diferenciar el producto, desarrollar mejores canales de distribución (online), incluso tener mayor capital para invertir, etc. y cuyo propósito no es otro que aumentar sus beneficios adquiriendo la participación de mercado de sus competidores, en la mayoría de los casos de manera lícita y legítima. Por lo tanto, ¿no es el objetivo de cualquier empresa limitar la capacidad de competir a sus competidores en el mercado?

Ahora, estas conductas podrían ser consideradas una barrera a la competencia y la Comisión Federal de Competencia Económica (CFCE) podría iniciar una investigación y obligar a las empresas a terminar con esos actos.

El derecho de la competencia busca evitar que determinadas empresas, aquellas que tienen poder sustancial de mercado, lleven a cabo conductas que desplacen indebidamente a los competidores, en detrimento del bienestar del consumidor, y esto se hace a través de la sanción de las prácticas

monopólicas relativas. Por lo tanto, estas barreras a la competencia parece que buscan eliminar determinados actos realizados por cualquier empresa, independientemente de que tenga poder sustancial de mercado o no. Si este fuera el caso, no tendría mucho sentido, ya que las empresas que carecen de poder de mercado, según toda la literatura en la materia y las mejores prácticas internacionales, no pueden afectar la competencia.

Tanta es la confusión en este término, que en un afán de dar mayor claridad sobre qué barreras se va a atacar y cuáles no, el último cambio añadido antes de que el texto subiera al Senado fue el siguiente:

Artículo 94 De las investigaciones para determinar insumos esenciales o barreras a la competencia [...] “la Comisión deberá verificar que las medidas propuestas generarán incrementos en eficiencia en los mercados, por lo que no se impondrán éstas cuando el Agente Económico con interés jurídico en el procedimiento demuestre, en su oportunidad, que las barreras a la competencia y los insumos esenciales generan ganancias en eficiencia e inciden favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia superando sus posibles efectos anticompetitivos, y resultan en una mejora del bienestar del consumidor. Entre las ganancias en eficiencia se podrán contemplar las que sean resultado de la innovación en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios”

Según el artículo 94, ahora tanto la Comisión como las empresas van a tener que demostrar las eficiencias, ya sean por las medidas para eliminar una barrera, como de las barreras mismas, aunque las empresas tienen el añadido de demostrar una mejora en el bienestar del consumidor.

La redacción parece buscar un mecanismo muy similar al análisis de efectos procompetitivos y anticompetitivos de las prácticas monopólicas relativas. Si es así, ¿para qué desarrollar un procedimiento alterno y redundante? ¿para otorgar a la CFCE la posibilidad de empezar investigaciones contra empresas sin una posición de dominio? ¿para atacar cualquier acto, estructura o característica de un mercado que prevenga la

competencia en dicho mercado? En este caso, quizás la CFCE esté adquiriendo unas competencias de *policy maker* o de regulador sectorial superiores a las que inicialmente se preveían. O quizás el problema sea mucho mayor y afecte a la independencia de este nuevo órgano, porque recordemos que este artículo 94 comienza dando la facultad al Ejecutivo Federal de solicitar a la CFCE que empiece estas investigaciones con el fin de determinar la existencia de barreras a la competencia.

En cualquier caso, parece que los legisladores han intentado regular un concepto jurídico novedoso y sin paralelo internacional y se han dado cuenta de los riesgos que puede tener para la inversión una deficiente definición de este término.

Eliminación de las opiniones vinculantes: El artículo 12 de la iniciativa resta capacidad a la CFCE para emitir opiniones en materia de competencia. Hasta ahora, la LFCE, en su artículo 24, fracciones VI y VIII permitía a la autoridad de competencia emitir opiniones vinculantes en materia de competencia a las dependencias y entidades de la administración pública federal, respecto a ciertas políticas, anteproyectos, reglas y acuerdos.

La nueva iniciativa elimina la posibilidad de que estas opiniones sean vinculantes. Si bien, la CFCE, al ganar el rango de órgano constitucional autónomo, parece que obtenía una mayor independencia, el hecho de que ahora sus opiniones no sean vinculatorias, unido a las solicitudes que el Ejecutivo puede formular a la CFCE para que empiece investigaciones, puede ser visto como una injerencia que limita la autonomía de la autoridad de competencia y vicia la imparcialidad del proceso de investigación.

Nuevas prácticas monopólicas relativas: La opinión formulada por varios de los profesores del Centro de Investigaciones y Docencia Económica (CIDE en lo sucesivo) refleja perfectamente las inquietudes en este punto. Si bien añadir nuevas conductas es útil e incluso necesario con las nuevas facultades de investigar insumos esenciales, se corre un riesgo de que las nuevas fracciones del artículo 56 sean redundantes y una misma práctica pueda ser juzgada dos veces por distintas fracciones. Además, el estrechamiento de márgenes, si bien consideramos

que puede abarcar conductas que hasta ahora eran más difíciles de encuadrar, debería incluir toda la cadena productiva, y no solo la parte final, que aún siendo la más frecuente, no es la única. No obstante, el estrechamiento de márgenes debe precisarse de manera que no sirva para proteger competidores menos eficientes.

En este mismo artículo 56, en su inciso final, nuevamente se ha intentado dar más flexibilidad a la CFCE para llevar a cabo sus investigaciones, habilitando a la CFCE a investigar y sancionar las prácticas que involucren insumos esenciales, sin tener que determinar la existencia de éstos de acuerdo al artículo 94 de la propuesta. Es obvio que esta disposición hará más expeditivas las investigaciones por prácticas monopólicas relativas, pero surgirían algunas dudas respecto a la legalidad de determinar los insumos esenciales mediante otro procedimiento que no esté establecido en la ley. Es más, la CFCE podría elegir el procedimiento más adecuado para sus intereses a la hora de investigar una conducta, ya sea una práctica monopólica relativa o la determinación de un insumo esencial, una especie de *forum shopping* si estuviéramos hablando en términos de jurisdicción aplicable.

Insumos Esenciales: Este artículo también ha suscitado dudas respecto al impacto que podría tener en la inversión e innovación de las empresas. Un cambio que se añadió a la versión inicial es que estos insumos se declaren esenciales cuando los controlen agentes con poder de mercado. Quizás esta redacción disminuya el riesgo o la incongruencia que existe con las barreras a la competencia de empezar una investigación contra alguien que no tiene poder sustancial de mercado. La redacción modificada incorpora también la necesidad de estudiar las circunstancias mediante las cuales se adquirió el control del insumo esencial –quizá acotando su aplicación a los denominados sectores regulados.

Sin embargo, y nuevamente de acuerdo con los investigadores del CIDE, no es suficiente que un insumo no sea “viable” de reproducir. Aquí se sugiere adoptar una posición más cercana a la estadounidense donde la clave está en la factibilidad de reproducir o proveer ese insumo.

Dispensa y reducción de multas: La iniciativa reemplaza el concepto de “compromisos” establecidos en la ley vigente para el caso de prácticas monopólicas relativas y concentraciones prohibidas, y establece los conceptos “dispensa” o “reducción del importe de multa”, dejando a la interpretación jurídica dichos conceptos.

Llaman la atención varios elementos de esta nueva figura. Si la autoridad investigadora suspende la investigación antes de emitir el dictamen de probable responsabilidad, podría darse el caso de no saber con certeza el grado de culpabilidad del agente económico, las pruebas existentes o si es positivo o no aceptar la solicitud de dispensa. Por último, si el caso se cierra sin una decisión declarando la responsabilidad del agente económico, será muy difícil ejercitar una acción por daños y perjuicios en un tribunal. Sería muy positivo que aunque se otorgue una dispensa, se declare la ilicitud de la conducta. Aunque este reconocimiento modificaría los incentivos de las empresas para considerar la viabilidad de los incentivos, es necesario reflexionar sobre el doble beneficio que se le otorga a la empresa mediante una dispensa o reducción de la sanción administrativa y la posible eliminación de la sanción (mediante reclamación de daños) privada.

En general, este artículo no ofrece la certidumbre jurídica necesaria, parece restar derechos a empresas y consumidores que hayan sufrido un daño originado en una conducta anti-competitiva y no creemos que tenga el efecto de disminuir prácticas anticompetitivas, todo lo contrario, favorece la comisión de ciertas conductas y la posibilidad de obtener una dispensa posteriormente.

La reclamación de daños y perjuicios: La propuesta sigue sin dar un avance significativo al tema de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados con motivo de la práctica de conductas prohibidas en la ley de competencia económica.

Como acabamos de mencionar, la dispensa o reducción de la multa a la que pueden sujetarse los agentes económicos debería ser con independencia de declarar la responsabilidad o la

ilicitud de la práctica. De lo contrario, esto provocaría que no haya resolución en muchos casos, por lo que los agentes y consumidores afectados por esa conducta anticompetitiva tendrían prácticamente imposible el resarcimiento de daños. En nuestra opinión, sería muy positivo el pronunciamiento expreso de la comisión sobre la ilicitud de la conducta, aún si no hay sanción administrativa.

Estos son algunos de los puntos que desde CIDAC, hemos considerado importante mencionar en el inicio de esta obra colectiva, sobre todo teniendo en cuenta los últimos cambios que ha sufrido la iniciativa de ley hasta llegar a la Cámara de Senadores.

En las opiniones que conforman esta obra, el lector podrá encontrar un análisis más detallado de los aspectos procesales y sustantivos de la ley que deberían ser estudiados con más detenimiento antes de aprobarse esta iniciativa.

En CIDAC somos conscientes del gran esfuerzo que hay detrás de una iniciativa como ésta y son muchos los elementos positivos que de esta emanarán. Así, los nuevos elementos que se otorgan a la CFCE para luchar contra las prácticas monopólicas podrían considerarse *state of the art* a nivel internacional, como por ejemplo: regular el acceso a insumos esenciales, las nuevas sanciones como la desincorporación de activos y derechos, la separación de la autoridad investigadora de la autoridad que resuelve, etc. Todos son parte de un nuevo diseño legal e institucional con un objetivo muy claro, prevenir prácticas monopólicas y conseguir reforzar la competencia en todos los sectores del país.

No obstante, la celeridad con la que se está llevando a cabo el proceso, la falta de una consulta pública y las grandes aspiraciones de intentar regular con un gran nivel de detalle todos los aspectos que puedan limitar la competencia, están desvirtuando en cierta medida el objetivo principal de esta norma. Por ello, esta iniciativa conjunta pretende crear un espacio de discusión en el que se escuchen todas las voces para garantizar que esta ley, que es de todos, recoja las inquietudes de todos los agentes de la sociedad.

Aitor Ortiz, CIDAC

En México a 28 de marzo de 2014

Comentario de Rodrigo Morales Elcoro

Facultad Libre de Derecho de Monterrey
Marzo 14, 2014

Recomendaciones sobre la
Iniciativa de la Ley Federal de Competencia Económica

Comentario Previo

La iniciativa de la nueva LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA (LFCE), presentada por el Ejecutivo Federal, adolece de un vicio fundamental al asumir que la COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA (COFECE) y el INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT) constituyen instituciones simétricas. Si bien, la reforma constitucional otorga al IFT autoridad en materia de competencia en telecomunicaciones y radiodifusión como un régimen excepcional y tanto el IFT como la COFECE comparten facultades constitucionales comunes, convertir a la COFECE en regulador multisectorial a la imagen del IFT, no responde al espíritu de la reforma constitucional y va en contra de las mejores prácticas internacionales.

La reforma constitucional otorga genéricamente a la COFECE y al IFT "...facultades para ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos...". No obstante, debe diferenciarse el balance de estas facultades en el derecho regulatorio y en el derecho de la competencia. Convertir a la COFECE en un regulador multi-sectorial con facultades para decretar medidas de regulación ex ante en ausencia de conductas anti-competitivas concretas, extendería la esfera de los sectores regulados a todo el ámbito económico, inhibiría la inversión y la adopción de riesgos y distraería la atención de la autoridad de competencia de su mandato fundamental de prevenir y sancionar las prácticas anti-competitivas.

La LFCE debe encontrar un balance adecuado en las facultades regulatorios apropiadas para el IFT y para la

COFECE, siguiendo estrictamente las pautas establecidas en la Constitución pero adoptando un diseño institucional y una delegación de facultades compatible con el propósito final de cada institución.

La iniciativa en su forma actual adopta un diseño institucional y un balance de facultades inapropiado que en lugar de fortalecer al derecho mexicano de la competencia terminaría por traicionar su propósito.

Análisis

La iniciativa de la nueva LFCE, presentada por el Ejecutivo Federal, contiene elementos positivos que deben ser reconocidos. Sin ser exhaustivo, podrían señalarse los siguientes aspectos:

- Ante todo se preservan los conceptos básicos de la Ley que han sido ya avalados por el poder judicial y que son compatibles con la práctica internacional. Con ello se da continuidad al derecho de la competencia y se fortalece la certidumbre de las empresas –se modifica la ley, no se reinventa el derecho de la competencia.
- Resulta asimismo positivo que se transforman procesos al separar la autoridad investigadora y la instructora, fortaleciendo la imparcialidad en la admisión de pruebas.
- También debe reconocerse que la iniciativa inhibe prácticas contrarias a la competencia al extender el plazo para iniciar investigaciones de 5 a 10 años. Esto es particularmente importante en la prevención de acuerdos colusivos que, por su propia naturaleza, se mantienen ocultos y cuya evidencia puede tomar años en ponerse al descubierto.

Sin embargo, en su versión actual, la iniciativa contiene errores que deben ser corregidos a fin de alcanzar el mandato fundamental de promover el libre acceso a los mercados y asegurar condiciones intensas de competencia, con un costo regulatorio razonable, a fin de crear condiciones conducentes a la inversión, a la innovación y a la adopción de riesgos, en beneficio del bienestar del consumidor.

Se destacan a continuación algunos aspectos preocupantes de

la iniciativa que imponen sobrecostos regulatorios (evaluación de fusiones); confunden los incentivos requeridos para producir evidencia o resolver investigaciones (reducción de sanciones); imponen incertidumbre al sujetar conductas pro-competitivas a posibles sanciones o a una supervisión inapropiada al adoptar regulación ex-ante, aplicable a sectores regulados, y extenderla a todos los mercados (artículo 94); o contaminan al proceso de investigación al permitir la interferencia del Ejecutivo.

1. Costo regulatorio de la evaluación de concentraciones

a) Ampliación de plazos

Sin una justificación concreta, la iniciativa propone extender los plazos para la resolución de solicitudes de fusiones y adquisiciones.

El artículo 90, fracción I extiende el plazo para que la Comisión prevenga al particular de posible información faltante de 5 a 10 días hábiles.

El mismo artículo 90, en su fracción V, extiende el plazo para resolver de 35 a 60 días hábiles, una vez recibida la notificación o la información faltante.

En casos complejos, se mantiene la posibilidad de ampliar el plazo hasta 40 días hábiles adicionales.

Durante los últimos años, la autoridad ha venido reduciendo los tiempos de respuesta en materia de notificaciones. El último informe de la Comisión Federal de Competencia señala que el tiempo de respuesta a partir de la recepción de la notificación fue de 17.4 días en promedio, frente al plazo vigente de 35 días y el propuesto de 60 días hábiles. En el caso de operaciones complejas, el tiempo de respuesta promedio es de 54.2 días frente al plazo máximo vigente de 75 días y el propuesto de 100 días hábiles.

Adicionalmente, el artículo 86 de la iniciativa elimina la posibilidad de cerrar de manera más expedita la operación si la autoridad no emite una orden de no ejecución. Este instrumento, vigente desde la reforma de la Ley en 2006, ha permitido reducir el costo regulatorio sin provocar en ninguna ocasión un problema en términos de operaciones que debieran revertirse.

Se sugiere mantener los plazos y facilidades vigentes en beneficio de las empresas cumplidas.

b) Afirmativa ficta

La iniciativa mantiene la afirmativa ficta una vez agotado el plazo (artículo 90). Algunas empresas han aprovechado esta figura para alegar una supuesta autorización por agotamiento de plazos.

Se sugiere adoptar la negativa ficta para garantizar el mandato constitucional y evitar que operaciones anti-competitivas se materialicen por razones puramente formalistas.

c) Diagnóstico preliminar de riesgos para acordar posibles condicionamientos

La iniciativa carece de un mecanismo apropiado para informar a los particulares los riesgos de una fusión que pudieran ser corregidos mediante remedios apropiados. En sus últimos tres párrafos, el artículo 90 del proyecto considera la posibilidad de presentar condicionamientos y propone someter a consulta tales remedios. En la práctica, ofrecer condicionamientos requiere de un primer diagnóstico que detalle los riesgos que encuentra la Comisión –diagnóstico ante el cual pueda reaccionar el particular, entender los posibles riesgos que encuentra la Comisión y ofrecer condiciones proporcionadas a los riesgos detectados. Resulta ocioso someter a consulta pública condicionamientos cuando no se cuenta con un diagnóstico de los riesgos. Bajo tales circunstancias, la consulta solo arriesga la confidencialidad de la información del notificante y eleva la litigiosidad del proceso al invitar a terceros a formar parte de la evaluación de una operación que debe ser juzgada en términos de su impacto sobre el bienestar del consumidor, no de los intereses de los competidores.

Se sugiere modificar el final del artículo 90 en los siguientes términos.

“A solicitud de los notificantes, la Autoridad Investigadora podrá emitir si lo considera pertinente una opinión no vinculante ofreciendo un diagnóstico preliminar de riesgos y, en su caso, de los remedios requeridos para corregirlos.

Los notificantes podrán presentar, desde su escrito de

notificación y hasta un día después de que se liste el asunto para sesión del Pleno, propuestas de condiciones para evitar que como resultado de la concentración se disminuya, dañe o se impida el proceso de competencia y libre concurrencia. Una vez presentado el escrito con las propuestas de condiciones, se suspenderán los plazos para tramitar la concentración notificada hasta que sea emitida la resolución que corresponda.”

2. Procedimientos de Dispensa y Reducción de Multas

La iniciativa confunde el propósito y la lógica de la terminación anticipada en prácticas monopólicas relativas y del programa de inmunidad en absolutas y los engloba en un mismo procedimiento de Dispensa y Reducción de Multas (Capítulo IV, Título IV, artículos 100 a 103).

El programa de inmunidad para prácticas monopólicas absolutas (acuerdos colusivos entre competidores) vigente actualmente en la legislación (artículo 33 bis 3, LFCE vigente) se mantiene básicamente en sus términos en el artículo 103 del proyecto. El agente o los agentes que se acojan al beneficio deben reconocer su responsabilidad y aportar evidencia para acreditar el acuerdo ilícito antes de que se emita el dictamen de probable responsabilidad que contiene la acusación. Una vez emitida la acusación, soportada con los elementos aportados por los solicitantes, dependiendo del orden de presentación de la solicitud y en función de la información que se aporte, la Comisión fijará una multa mínima para el primer solicitante y una reducción para solicitantes sucesivos al momento de la resolución. La mecánica descrita tiene lógica, y la solicitud debe ser ciertamente previa a la emisión de la acusación, ya que lo que se busca es producir evidencia para desarticular un acuerdo colusivo cuya evidencia generalmente se mantiene oculta.

El mecanismo de terminación anticipada para el caso de prácticas monopólicas relativas (restricciones verticales en la cadena de distribución con posibles efectos adversos a la competencia tales como exclusividades, ventas atadas, distribución exclusiva, etc.) se regula en el artículo 33 bis 2 de la LFCE vigente. Esta disposición contempla la posibilidad de ofrecer

compromisos para terminar anticipadamente el procedimiento “antes de que se dicte resolución definitiva” al comprometerse la empresa “a suspender, suprimir, corregir o no realizar la práctica o concentración correspondiente.” La Comisión cuenta actualmente con la posibilidad de cerrar el expediente sin imputar responsabilidad o imponer una multa hasta por el 50% de la que correspondería. Se entiende que la multa solo podría proceder en caso de haberse emitido la acusación.

Replicando las condiciones del programa de inmunidad, el artículo 100 del proyecto limita la posibilidad de solicitar la terminación anticipada en PMRs hasta antes de que se emita la acusación y que la empresa sujeta a investigación se comprometa a “suspender, suprimir o corregir la práctica o concentración correspondiente.” Esto significa que la empresa debe necesariamente aceptar su responsabilidad sin siquiera contar con una acusación concreta y que la Comisión la multará sin emitir una acusación. La lógica de la terminación anticipada es precisamente evitar litigios prolongados en conductas cuyos efectos son complejos cuando, mediante un conjunto apropiado de condiciones, sus posibles efectos adversos pueden subsanarse. La redacción propuesta elimina todo incentivo a acordar una terminación anticipada.

Se sugiere retomar la mecánica actual y permitir la solicitud de terminación anticipada en PMRs incluso luego de emitirse la acusación. Adicionalmente, no debe descartarse el cierre de un expediente aún si la empresa no reconoce su responsabilidad, en la medida en la que los condicionamientos sean idóneos para eliminar todo riesgo al proceso de competencia. Para ello debe mantenerse la condición de “no realizar” la conducta.

3. Insumo Esencial y su regulación

De acuerdo con el mandato constitucional en lo referente a dotar a la Comisión de “...facultades para ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos...”, el proyecto propone un nuevo procedimiento especial de investigación para determinar insumos

esenciales y barreras a la competencia (artículo 94 del proyecto). En el caso de insumos esenciales el mismo ordenamiento propuesto por el proyecto establece que la "...resolución que emita sobre la existencia de un insumo esencial incluirá, en su caso, la modalidad de acceso al insumo esencial, la regulación de precios o tarifas, condiciones técnicas y de calidad, y el calendario de aplicación...". Al respecto se deben señalar dos áreas de posible mejora: el diseño institucional apropiado y la consecuente distribución óptima de facultades entre el regulador sectorial y la autoridad de competencia; y, la definición apropiada de insumo esencial.

a) Diseño institucional y la distribución óptima de facultades
Incorporar la regulación ex-ante de insumos esenciales en la legislación de competencia constituye una ruptura respecto de la mayoría de los regímenes en el mundo –que dejan esta tarea a reguladores sectoriales especializados y que cuentan con mejor información al respecto. En materia de telecomunicaciones y radiodifusión, se resuelve la tensión entre autoridad de competencia y regulación sectorial al desempeñar el IFT ambas facultades. En el resto de los sectores, sin embargo, resulta cuestionable que la COFECE deba sustituir a los órganos especializados y convertirse en un regulador exante de precios de acceso.

Una alternativa que podría explorarse, compatible con el ordenamiento constitucional, es que la Comisión aplique la regulación del insumo esencial solamente en los casos en que el órgano sectorial no lo aplique. Esto requeriría una revisión de la legislación sectorial a fin de dotar a los reguladores de las facultades necesarias.

b) Definición de insumo esencial

"El concepto de insumo esencial se define en el artículo 60 del proyecto en términos de elementos generalmente adoptados en la jurisprudencia internacional.

Artículo 60. Para determinar la existencia de insumo esencial, la Comisión deberá considerar:

- I. Si el insumo es detentado o prestado por un solo Agente Económico o un número reducido de Agentes Económicos;
- II. Si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro Agente Económico;
- III. Si el insumo resulta indispensable para la provisión de

bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos, y

IV. Los demás criterios que, en su caso, se establezcan en las Disposiciones Regulatorias.”

El riesgo de una definición demasiado amplia de insumo esencial es desalentar la inversión y fomentar un free-ride en infraestructura que razonable y eficientemente puede ser replicada. La experiencia mexicana en telecomunicaciones, radiodifusión y ferrocarriles, entre otros sectores, ilustra el costo del abuso de insumos esenciales como estrategia para evitar la competencia y ciertamente la apertura energética se frustraría sin un marco adecuado de compartición de infraestructura. Sin embargo, no existe justificación para imponer la obligación de compartir infraestructura cuando ha sido desarrollada por una empresa sin mediar concesiones, licencias o favores públicos. El efecto sería contraproducente –inhibir la inversión y cancelar el juego competitivo.

La jurisprudencia internacional considera como insumo esencial redes de telecomunicaciones y energía, accesos ferroviarios, contenidos en TV abierta. En consecuencia, se recomendaría adicionar una fracción al artículo 60 que imponga el requerimiento de estar asociado a una concesión o licencia o haber sido desarrollada por una entidad pública para considerar una infraestructura como insumo esencial.

“Artículo 60. Para determinar la existencia de insumo esencial, la Comisión deberá acreditar cada uno de los siguientes elementos:

I. Si el insumo es detentado o prestado por un solo Agente Económico o un número reducido de Agentes Económicos con incentivos para actuar de manera paralela;

II. Si el Agente Económico en control del insumo, pudiendo dar acceso, niega el uso del mismo a los competidores, y ésta no puede ser justificada con base en lo dispuesto en artículo 55 de esta ley, Si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro Agente Económico;

III. Si el insumo resulta indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos.

- IV. Si el insumo resulta de inversiones realizadas al amparo de una concesión, licencia o favor público; y
- V. Los demás criterios que, en su caso, se establezcan en las Disposiciones Regulatorias.”

La adición de la condición de resultar de una inversión desarrollada al amparo del sector público (en el caso de empresas privatizadas) o de la concesión de un recurso público elimina el problema presente en la iniciativa de sujetar a todos los mercados a regulación ex ante, cuando solo resulta apropiada a sectores específicos (energía, puertos, transporte, telecomunicaciones, radiodifusión).

Adicionalmente deberá especificarse que la acción de la autoridad de competencia solo procederá ante la omisión del regulador sectorial.

“Artículo 94. La Comisión iniciará de oficio, a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría, el procedimiento de investigación de insumos esenciales cuando el regulador sectorial no se encuentre en posibilidad o no esté dispuesto a hacerlo, mismo que se realizará conforme a lo siguiente:”

Estrechamiento de márgenes

Debe señalarse adicionalmente que la inclusión de la nueva conducta tipificada como práctica monopólica relativa y consistente en el estrechamiento de márgenes resulta contraria al fin último del derecho de la competencia y parece buscar favorecer a los competidores, no a los consumidores. El estrechamiento de márgenes puede ser altamente nocivo y constituir un mecanismo efectivo de exclusión cuando el precio de acceso al insumo esencial no está regulado. Sin embargo, si el precio de acceso está regulado a nivel de costo incremental, el estrechamiento de márgenes solo debería ser ilícito si se demuestra depredación de precios en términos de la fracción VII del artículo 10 de la Ley vigente.

Catalogar como ofensa el “...reducir el margen existente entre el precio de acceso a un insumo esencial... y el precio del bien o servicio ofrecido al consumidor final” , a pesar de

regular el precio de acceso, conllevaría al absurdo de configurar como un ilícito la reducción de precios o el establecimiento de precios competitivos ante un competidor menos eficiente. En sus términos, la fracción propuesta como PMR obligaría a la empresa dominante a elevar precios finales para acomodar al más ineficiente de sus competidores –traicionando el propósito fundamental del derecho de la competencia de elevar el bienestar del consumidor.

4. Estudios de Mercado y facultad de ordenar la desincorporación

El mismo artículo 94 establece la posibilidad de realizar investigaciones de mercado para determinar “barreras a la competencia” y cuyas resoluciones podrán ordenar “la eliminación de barreras a la competencia y libre concurrencia...o la desincorporación de activos.”

La norma contiene diversos problemas. En primer término, no define barreras a la competencia ni distingue entre barreras que no podrían eliminarse (por ejemplo, economías a escala), estrategias anticompetitivas de las empresas (exclusividades, ventas atadas, etc., que ya están reguladas como PMRs) o barreras derivadas de la normatividad (disposiciones, reglamentos y normas que limiten innecesariamente el acceso a los mercados). Las empresas no cuentan con elementos para determinar si sus acciones o su situación en el mercado configuran una barrera a la competencia.

Al establecer la mecánica para determinar barreras a la competencia y, en su caso, la facultad de desincorporar activos no se establece como propósito elevar el bienestar del consumidor y parecería lo que se busca “emparejar la cancha” en favor de los competidores marginales. Cuando un competidor tiene éxito por los méritos de su producto –al contar con una mejor tecnología, calidad en sus procesos y en el servicio, mejor logística, etc.– desplaza a otros competidores. Ese es el juego normal de la competencia en beneficio del consumidor. Al carecer de esta lógica, el artículo 94 se centra más bien en una visión estática de estructura de los mercados.

De hecho, la iniciativa mantiene una posición contradictoria respecto a la posible orden de desincorporación de activos – mantiene el requisito de reincidencia, aunque en cierto grado relajada, para aplicarla como posible sanción a estrategias anticompetitivas pero la aplica ante la existencia de “barreras” sin mediar una estrategia ilícita. Esto constituye un desbalance que preocupa. Resultaría más apropiado que la autoridad tuviera la facultad de ordenar la desincorporación de activos como sanción ante una conducta de extrema gravedad –sin requerir la reincidencia. El análisis de los expertos nacionales y extranjeros coincide en considerar que la normatividad contenida en el artículo 94 del proyecto se apartaría de las mejores prácticas internacionales e inhibiría estrategias pro-competitivas.

Por ello, se sugiere cambiar el foco del artículo 94 de la regulación de las empresas –área que ya está cubierta al regular conductas colusivas (artículo 53) y abuso de dominancia (artículo 56)– a la evaluación, revisión y objeción de medidas regulatorias y actos gubernamentales cuyo efecto sea imponer barreras a la competencia injustificables. La función de abogacía es indispensable para una autoridad de competencia. La iniciativa debilita la abogacía de la Comisión al eliminar la posibilidad de que la Comisión emita opiniones con carácter vinculante.

Se sugiere adoptar la posibilidad de emitir opiniones que deban ser respondidas por el órgano federal, estatal o municipal que haya emitido la regulación que restringe la competencia.

5. Iniciativa preferente del Ejecutivo en Investigaciones

La iniciativa, en su artículo 66, otorga al Ejecutivo la facultad de ordenar el inicio de una investigación y esta tendría el carácter de preferente.

“Artículo 66. La investigación de la Comisión iniciará de oficio, a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría, de la Procuraduría o a petición de parte y estará a cargo de la Autoridad Investigadora.

No será necesario que las solicitudes de investigación presentadas por el Ejecutivo Federal o la Procuraduría cumplan con los requisitos señalados en esta ley para el escrito de denuncia, y su investigación tendrá carácter preferente.

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

Si bien, se entiende que el propósito de la norma puede ser permitir la colaboración del Ejecutivo en la detección de conductas ilícitas y de barreras, la medida resulta contraproducente. Otorgar iniciativa preferente al Ejecutivo en el inicio de investigaciones anula la credibilidad de la Comisión y disminuye su autonomía al determinar las prioridades de su investigación. Más grave aún, la interferencia del Ejecutivo contaminaría el proceso de investigación. Los particulares alegarían que una investigación “preferente” responde a motivaciones extra-jurídicas que contaminan todo el procedimiento.

Toda dependencia pública puede y debe aportar elementos indicativos de conductas anticompetitivas al momento de detectarlos pero iniciar y procesar una investigación constituye una decisión técnica que la Constitución confiere a la Comisión y que requiere de causa objetiva para detonarse.

La injerencia del Ejecutivo Federal en la agenda de investigación de la COFECE (y del IFT) debe eliminarse.

Conclusión

Se sugiere revisar a profundidad la iniciativa a fin de corregir sus vicios fundamentales. En especial, se sugiere:

Eliminar sobrecostos regulatorios innecesarios e inefectivos para cumplir el mandato de la Ley, particularmente en el rubro de evaluación de concentraciones;

Distinguir entre la mecánica requerida en el programa de inmunidad para crear los incentivos requeridos para producir evidencia en caso de cárteles y los mecanismos que se necesitan para resolver oportunamente investigaciones complejas en PMRs;

Mantener la distinción entre órganos reguladores, por su naturaleza diseñados para la supervisión de conductas, y la autoridad de competencia responsable de mantener el juego competitivo, no de suprimirlo;

En la regulación de insumos esenciales, debe darse deferencia a los órganos reguladores mientras que la COFECE debería intervenir solamente en situaciones excepcionales;

Focalizar las investigaciones de mercados en barreras regulatorias, otorgando a la autoridad de competencia los instrumentos adecuados para su corrección;

Eliminar toda interferencia del Ejecutivo en la agenda de investigaciones del derecho de la competencia.

Comentario de Juan Delgado

24 de marzo de 2014

Resumen

Tras más de veinte años de vigencia de la Ley Federal de Competencia Económica, parece oportuna su modificación para revisar las deficiencias y omisiones de la Ley y mejorar su efectividad. Para ello, se debería hacer uso de la experiencia acumulada durante las dos décadas de aplicación de la Ley y de la experiencia internacional para resolver aquellos aspectos que la Ley vigente no trata de forma satisfactoria o aquellas cuestiones relevantes no incluidas en la misma. La propuesta de modificación presentada recientemente por la Secretaría de Economía del Gobierno Federal de México presenta aspectos positivos que refuerzan la independencia de los órganos que aplican la Ley y provisiones que mejoran su efectividad. Sin embargo, no incluye otras modificaciones en el análisis de prácticas monopólicas o en el control de concentraciones que son ampliamente aceptadas en el ámbito internacional. Además, la propuesta incluye una nueva función de investigación de la existencia de barreras a la competencia e insumos esenciales que no está claramente delimitada. El objeto del presente documento es evaluar, en comparación con el marco normativo español y europeo, las reformas propuestas y proponer modificaciones que repercutan en una aplicación más efectiva de la normativa de competencia y un mejor funcionamiento de los mercados.

1. Introducción

El 19 de Febrero de 2014 la Secretaría de Economía del Gobierno Federal de México presentó una propuesta de reforma de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE)³. Dicha propuesta (en adelante, la Propuesta de Ley) adapta el régimen institucional y la normativa de competencia a la reforma constitucional de 2013 y añade nuevas competencias de la Comisión Federal de la Competencia Económica (COFECE) y otra serie de modificaciones.

Los principales cambios introducidos por la reforma constitucional y que ahora se introducen en la ley se refieren a (i) la separación de la fase de investigación de la fase de resolución de infracciones de la competencia con la creación de la Autoridad de Investigación (AI) como órgano independiente dentro de la COFECE; (ii) la introducción de nuevas funciones, como investigación sobre la existencia de insumos esenciales y barreras a la competencia y la adopción de medidas para su eliminación o regulación; y (iii) la asignación de responsabilidades en la aplicación de la política de competencia al Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFETEL).

El objeto del presente documento es evaluar, en comparación con el marco normativo español y europeo (que es donde el autor dispone de amplia experiencia), las reformas propuestas y proponer modificaciones que repercutan en una aplicación más efectiva de la normativa de competencia y un mejor funcionamiento de los mercados.

La Propuesta de Ley mantiene las tres funciones fundamentales de las autoridades de competencia sin introducir cambios fundamentales en su regulación, tal como son los acuerdos anticompetitivos (art. 53. De las Prácticas Monopólicas Absolutas), el abuso de posición de dominio (art. 54. De las Prácticas Monopólicas Relativas) y el control de concentraciones (art. 61 y siguientes. De las Concentraciones). Del mismo modo también se mantienen las funciones de promoción de la competencia en relación a los informes sobre modificaciones normativas (art. 12), aunque se limita su efectividad al establecer su naturaleza “no vinculante” (ver sección 4.6).

En cuanto a las principales novedades de la Propuesta de Ley, se introduce un nuevo procedimiento para la regulación

de insumos esenciales y la eliminación de barreras a la competencia (art. 57 y art. 94 y siguientes). Aunque existen numerosas autoridades de competencia que disponen de instrumentos (de carácter vinculante o en forma de mera recomendación) para promover de forma activa la competencia en los mercados y analizar el funcionamiento competitivo de determinados mercados que van más allá de la sanción de prácticas prohibidas, la introducción de estas nuevas provisiones no está exenta de posibles riesgos relacionados con la posibilidad de una excesiva intervención en el mercado e incertidumbre regulatoria por lo que debieran definirse y delimitarse para garantizar su efectividad (ver la sección 4.4).

La Propuesta de Ley también refuerza la independencia en la labor de la COFEC, introduciendo una serie de salvaguardas para favorecer la independencia de la institución respecto al gobierno al mismo tiempo que limita la influencia de las empresas en la institución y fomenta la transparencia. Aun siendo positivo este esfuerzo, es necesario valorar el impacto que dichas medidas pudieran tener sobre la efectividad del procedimiento.

Por último, como paso previo a la modificación de la LFCE, se echa en falta un análisis y una revisión crítica de los 20 años de aplicación de la Ley vigente para identificar sus posibles deficiencias y omisiones. La Propuesta de Ley debería hacer uso de la experiencia acumulada para resolver aquellos aspectos que la Ley vigente no trata de forma satisfactoria o aquellas cuestiones relevantes no incluidas en la Ley vigente.

En este documento se sitúa, en primer lugar, la Propuesta de Ley en comparación con evolución de la normativa europea de la competencia en general y con la española en particular. En segundo lugar se analiza el objeto y justificación de la reforma. Por último, se analizan con mayor detalle las modificaciones incluidas en la Propuesta de Ley en los ámbitos sustantivos, procedimentales e institucionales.

2. La Propuesta de Ley en Comparación con el Marco Normativo Europeo

La experiencia internacional y la evolución de la normativa internacional de la competencia y de su aplicación suponen un marco de referencia para valorar las modificaciones propuestas por la Propuesta de Ley. A continuación, se analiza el tratamiento de las diversas prácticas anticompetitivas en la normativa europea y se compara con el contenido de la Propuesta de Ley.

En primer lugar, en el ámbito de las conductas anticompetitivas, las normas de competencia y la práctica de las autoridades europeas han evolucionado hacia un análisis de “caso por caso” en el que se analiza el impacto de las conductas sobre la competencia y sus efectos de eficiencia. El número de conductas tipificadas como ilegales per se (prácticas monopólicas absolutas) en el ámbito de las conductas abusivas⁴, los acuerdos horizontales⁵ y las restricciones verticales⁶ se ha reducido en los últimos años. El análisis de gran parte de estas prácticas exige ahora un mayor análisis en términos de sus efectos reales o potenciales sobre la competencia para declarar su posible ilegalidad.

La LFCE distingue entre prácticas monopólicas absolutas (que incluye acuerdos horizontales ilegales per se) y relativas (que incluye prácticas por parte de agentes con poder sustancial de mercado que pudieran tener carácter excluyente y que requieren un análisis caso por caso para determinar su impacto sobre la competencia). Sin embargo, la Propuesta de Ley no contempla la posibilidad de que los acuerdos horizontales puedan constituir prácticas relativas. Es más, el intercambio de información entre competidores se incluye dentro de las prácticas monopólicas absolutas, al contrario que en la mayoría de las legislaciones de competencia modernas. En línea con la tendencia internacional, debería incluirse los acuerdos horizontales que no tengan como objeto o efecto la fijación de precios o la compartición del mercado y los intercambios de información entre competidores como prácticas monopólicas relativas que requieran de un análisis de efectos caso por caso.

En el ámbito de las operaciones de concentración, el análisis en Europa se realiza en función de los efectos de la concentración

y no en función de reglas estáticas como la cuota de mercado que alcance la entidad resultante. En el caso de las concentraciones horizontales, la práctica actual europea se centra en el análisis de los efectos unilaterales y los efectos coordinados. Los efectos unilaterales se refieren a la posibilidad de la entidad resultante de ejercer poder de mercado como consecuencia de la reducción de la competencia en el mercado fruto de la fusión. Los efectos coordinados, por su parte, se refieren a la posibilidad de que la fusión incremente las posibilidades de coordinación de las empresas en el mercado.

En cuanto a las concentraciones no horizontales, el análisis se centra en los posibles efectos resultantes de la concentración en la misma cadena de producción (concentración vertical) o en mercados adyacentes (concentración de conglomerados).

La Propuesta de Ley no modifica el análisis de las operaciones de concentración y declara prohibidas o ilícitas aquellas operaciones que confieran a los fusionantes poder de mercado sustancial o establezcan barreras a la entrada (art. 64 de la Propuesta de Ley), desaprovechando esta oportunidad para incluir en la nueva legislación estos métodos de análisis que constituyen ya una práctica común entre las agencias de competencia más establecidas.

La otra gran tendencia de la política de competencia europea es el complemento de la aplicación de las normas de competencia con una labor de fomento de la competencia. En este sentido, algunas autoridades de competencia¹⁰ han sido dotadas de competencias para por un lado analizar el nivel de competencia existente en los mercados y por otro evaluar los efectos de otras iniciativas legales sobre la competencia en el mercado. Estas competencias pueden ejercerse en forma de recomendaciones (como es el caso de España o de la Comisión Europea) o en forma ejecutiva (como es el caso de del Reino Unido, donde de forma excepcional la autoridad de competencia puede ordenar desinversiones para preservar la competencia en un mercado).

La Propuesta de Ley dota a la LFCE de la función de determinar la existencia de insumos esenciales y barreras a

la competencia en un mercado y la posibilidad de regular el acceso a dichos insumos esenciales o ordenar la desinversión de activos para garantizar el buen funcionamiento de los mercados. Sin embargo, la regulación de estas nuevas funciones es vaga y confusa y puede dar lugar a un alto grado de arbitrariedad e incertidumbre. La Propuesta de Ley debería delimitar mejor esta función para que se convierta en un instrumento efectivo de promoción de la competencia y no resulte en una intervención abusiva en el funcionamiento de los mercados.

3. Justificación y Objeto de la Reforma de la LFCE

Tras más de veinte años de vigencia de la LFCE, parece apropiada su revisión para corregir sus posibles deficiencias, adaptarla a los nuevos tiempos e incorporar nuevas funciones o competencias que se consideren pertinentes. Con el fin de mejorar la efectividad de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia en México, es importante que dicha reforma haga uso de la experiencia acumulada durante los últimos veinte años de aplicación de las normas de competencia en México y de las mejores prácticas internacionales, e implique a los agentes que han participado en su aplicación tanto en el sector público como en el privado y a la comunidad académica.

El proceso de reforma debería identificar las posibles deficiencias y omisiones de la ley anterior y vincular las modificaciones de la ley a la resolución de dichas deficiencias y omisiones. De esta forma se aseguraría que la nueva ley responde de forma efectiva a los problemas y necesidades reales de los mercados y se sitúa entre las mejores prácticas internacionales en la materia.

Por ejemplo, la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia española de 1989, que se llevó a cabo en el año 2007, se inició con la elaboración de un Libro Blanco¹² que revisaba el sistema español de defensa de la competencia mediante la revisión de sus condicionantes y su situación en aquel momento, la valoración de sus fortalezas y debilidades y las propuestas de reforma. Dicho Libro Blanco fue sometido

a consulta pública entre la comunidad jurídica, empresarial y académica con el fin de dotar de mayor transparencia y eficacia al proyecto de reforma. A partir de las conclusiones de la consulta pública, se elaboró el primer Anteproyecto de Ley que fue sometido a nuevas consultas e informes. El gobierno presentó el Proyecto de Ley el 25 de agosto de 2006. El Proyecto fue sometido a la aprobación del Parlamento. El proceso finalizó el 3 de julio de 2007 con la aprobación de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.

La Propuesta de Ley incorpora cambios por mandato constitucional (como la creación de la AI como órgano independiente del Pleno o de la Contraloría Interna y la creación de nuevas funciones de la COFECE en relación a la regulación de insumos esenciales y a la eliminación de barreras a la competencia) y otros cambios que supuestamente persiguen la mejora de la efectividad de la LFCE. Sin embargo, no se percibe que las modificaciones de la LFCE, sobre todo en el ámbito sustantivo, respondan a posibles deficiencias o falta de efectividad de la Ley vigente o, por lo menos, éstas no están claramente identificadas. Por otro lado, muchas modificaciones de la Propuesta de Ley se centran en aspectos procedimentales y formales que no justifican un cambio de ley ya que, probablemente pudieran haberse acometido por medio de regulaciones de rango menor.

La reforma de una ley tan relevante como lo es la LFCE supone una magnífica ocasión para la reflexión y discusión conjunta sobre la experiencia acumulada, la realidad actual y las necesidades futuras de la normativa de competencia con el objeto garantizar la efectividad de la norma durante al menos veinte años más.

4 Aspectos Sustantivos

4.1 Objeto de la Ley

El artículo 2 de la Propuesta de Ley establece que el objeto de la Ley es “promover, proteger y garantizar la libre competencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar, combatir, perseguir con eficacia, castigar severamente y

eliminar los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre competencia y la competencia económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados”.

Dicho objeto recoge combinaciones de acciones y objetos que no se corresponden con el texto de la Propuesta de Ley. Por ejemplo, la forma en la que está redactado el objeto de la Ley incluiría la posibilidad de “castigar severamente los monopolios o las barreras a la libre competencia”, que no se recoge explícitamente en la Ley. El objeto de la misma debería modificarse para eliminar estas posibles confusiones y limitarse a recoger estrictamente los objetivos desarrollados por la ley.

El artículo 12 de la Propuesta de Ley que recoge las atribuciones de la Comisión ha sido modificado por la Cámara de Diputados en este sentido. Debería modificarse también el artículo 2 en la misma línea.

4.2 Intercambio de Información como Práctica Monopólica Absoluta

La Propuesta de Ley desglosa de la fracción I del artículo 9 de la LFCE vigente el intercambio de información como práctica monopólica absoluta. Así la nueva fracción V del artículo 53 de la Propuesta de Ley reza que intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refiere las fracciones anteriores es una práctica monopólica absoluta. Sin embargo, como la misma fracción indica, el intercambio de información per se no es una práctica monopólica absoluta.

Por tanto, sería más apropiado incluir el intercambio de información como una práctica monopólica relativa ya que sólo en el caso de que tenga como objeto u efecto alguna de las fracciones anteriores, será una práctica sancionable. Asimismo, sería apropiado incluir otros acuerdos horizontales que no tengan como objeto o efecto la fijación de precios o la compartición del mercado (como los acuerdos de producción o compra, de investigación y desarrollo y de comercialización) dentro del artículo 56 de forma que se evaluase si los posibles efectos de eficiencia compensan las posible restricción de la competencia.

Esto está en línea con el tratamiento que se da al intercambio de información en la Unión Europea donde los intercambios de información entre competidores de datos individualizados relativos a precios o cantidades futuros se consideran restricciones de la competencia por objeto (en los cuales se admite la defensa de eficiencia). El resto de intercambios de información deben analizarse caso por caso.

4.3 Nuevas Prácticas Monopólicas Relativas

La Propuesta de Ley incorpora nuevas conductas monopólicas relativas en su artículo 56. En particular, la denegación o restricción de acceso a un insumo esencial, y el estrechamiento de márgenes. Sin embargo, dichos supuestos no son realmente nuevos y eran ya perseguibles bajo la ley anterior bajo la fracción V (negativa de suministro) en el caso de los insumos esenciales, y bajo la fracción VII (precios predatorios) y la fracción XI (aumento de costos de los rivales) en el caso de los estrechamientos de márgenes.

Por otro lado, el artículo 52 de la Propuesta de Ley declara prohibidas las barreras que disminuyan, dañen o impidan la libre competencia o la competencia económica pero dicho supuesto no se incluye en el catálogo de prácticas monopólicas absolutas o relativas. El concepto de barreras a la entrada como conducta ilícita no existe en la normativa europea de competencia y su definición en la Propuesta de Ley es difusa.

4.4 Acceso a Insumos Esenciales y Barreras a la Competencia

La Ley introduce un nuevo instrumento que es el procedimiento de investigación de mercado para determinar la existencia de barreras a la competencia y libre competencia o de insumos esenciales¹³. Dicho procedimiento podrá iniciarse de oficio o por solicitud del Ejecutivo Federal. El procedimiento tiene por objeto identificar las barreras a la competencia y la existencia de insumos esenciales en un mercado concreto y, una vez identificados, adoptar las medidas pertinentes para corregirlos mediante recomendaciones u órdenes a las Autoridades Públicas, la eliminación de las

barreras a la competencia y libre concurrencia, la regulación de los insumos esenciales o la desincorporación de activos.

El nuevo instrumento podría ser en principio positivo ya que amplía las posibilidades de actuación de la COFECE para promover la competencia más allá de los expedientes sancionadores y el control de concentraciones. Sin embargo, el instrumento está escasamente elaborado y necesita de un mayor desarrollo y definición para ser efectivo, menos arbitrario y evitar una intervención excesiva en el libre juego de los mercados. Además, la Propuesta de Ley no contempla que la adopción de posibles medidas correctoras requeriría probablemente la coordinación de la COFECE con otros reguladores y autoridades públicas y, por tanto, no prevé mecanismos de coordinación entre los mismos.

La Ley vigente permitía a la COFECE emitir opiniones no vinculantes sobre la competencia en ciertos mercados y proponer recomendaciones. La COFECE ha emitido diversos informes en este contexto en relación a la convergencia tecnológica (2005), la provisión de contenidos sobre redes de telecomunicaciones (2006), planes de pensiones (2006), servicios minoristas bancarios (2007), servicios aeroportuarios (2007), y comercio exterior (2008)¹⁵. Dichos estudios de mercado eran meramente informativos y no vinculantes y se enmarcaban dentro de la actividad de abogacía de la competencia de la COFECE. Sin embargo, la Propuesta de Ley añade la posibilidad de que la propia COFECE pueda determinar en determinados contextos medidas correctoras sobre los obstáculos a la competencia y los insumos esenciales detectados.

El nuevo instrumento presenta diversos problemas en su diseño que crean incertidumbre sobre el resultado de su aplicación y dejan en manos de la COFECE un alto grado de arbitrariedad.

En primer lugar, lo que persigue en último término el procedimiento es identificar los posibles obstáculos a la competencia existentes en un determinado sector o mercado. Estos obstáculos pueden deberse a la existencia de barreras técnicas, económicas, legales o comerciales al mercado o, excepcionalmente, a la presencia de insumos esenciales (que no son más que barreras a la competencia extremas debido a su irreplicabilidad). Por tanto, el objeto no debería ser la

determinación de la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia o de insumos esenciales sino, de forma más general, el análisis de la situación competitiva de un sector o mercado y la posible propuesta de medidas que mejoren el juego competitivo con la menor distorsión posible sobre el libre mercado.

En segundo lugar, se plantea que el inicio de estos expedientes se llevará a cabo de oficio o por solicitud del Ejecutivo Federal pero en ningún momento se describen los criterios para iniciar una investigación o para la selección del sector o mercado a investigar. Parecería lógico que dicho instrumento fuera de carácter excepcional y se utilizase en sectores con graves problemas competitivos y con una importancia suficientemente relevante de forma que la intervención pública tuviese un impacto sustancial sobre el bienestar social. Por otro lado, si bien el hecho de que los expedientes puedan iniciarse a instancia de del Ejecutivo Federal podría favorecer la identificación de sectores con problemas competitivos, es necesario introducir salvaguardas para que se pueda mantener la independencia de la COFECE. La COFECE debe mantener algún sistema de filtro de las peticiones de investigación recibidas para que el ejecutivo no marque la agenda investigadora de la COFECE.

Por último, tampoco se detalla la metodología a seguir para llevar a cabo un análisis del mercado ni el catálogo de instrumentos disponibles para atajar un obstáculo a la competencia ni las circunstancias en las que dichos instrumentos debieran ser utilizados lo que genera enorme incertidumbre y posibilita la arbitrariedad.

Las modificaciones introducidas por la Comisión de Economía en la Propuesta de Ley mejora el redactado inicial¹⁶. En primer lugar, se establece que los Agentes Económicos puedan proponer medidas correctoras para eliminar los problemas de competencia y la necesidad de que el Pleno justifique la denegación de estos remedios. En segundo lugar, se añade que la resolución de la Comisión podrá incluir para eliminar los problemas de competencia recomendaciones u órdenes a las Autoridades Públicas.

A pesar de las mejoras introducidas, el procedimiento de barreras de entrada e insumos esenciales sigue manteniendo una excesiva incertidumbre y arbitrariedad en su aplicación.

Además, la coordinación entre la COFECE y otros reguladores o autoridades públicas en la implementación de posibles medidas correctoras no queda resuelta.

Instrumentos similares existen en otras jurisdicciones pero su operatividad y alcance difiere. Entre sus funciones, la mayor parte de las autoridades europeas de la competencia incluyen la posibilidad de realizar informes y estudios de mercados con el objeto de analizar el grado de competencia y detectar posibles fallos de mercado. Existen básicamente dos niveles de intervención como consecuencia de la realización de estos estudios. El sistema más común en el que se realiza la publicación de un informe público y en su caso se realizan recomendaciones a diversos agentes, entre ellos los gobiernos para que realicen posibles modificaciones legislativas¹⁷. Un segundo modelo, el existente en Reino Unido, donde como consecuencia de la realización de un estudio de mercado no sólo se pueden realizar recomendaciones, sino que es posible realizar intervenciones en el mercado como la regulación ex ante o la desinversión de activos. En España, dentro de su labor de promoción de la competencia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) puede realizar informes y estudios sectoriales. En ellos se analiza la situación de un sector o rama de actividad económica bajo la óptica de la competencia o, también, el efecto de una misma situación anticompetitiva común a varios sectores.

Su finalidad es dirigir recomendaciones a las Administraciones públicas o a los agentes que operan en el sector con el objetivo de favorecer la competencia y obtener resultados más eficientes que beneficien a los consumidores.

La CNMC puede proponer modificaciones o revisiones de la regulación o bien realizar clarificaciones o advertencias a los agentes económicos y las Administraciones destinados a eliminar los obstáculos a la competencia derivados de sus actuaciones.

La CNMC ha llevado a cabo 24 estudios sectoriales, desde la aprobación de la nueva ley de defensa de competencia en 2007, en ámbitos como la sanidad pública, el mercado del suelo, la distribución comercial o el mercado de los libros. Un sistema similar existe en la Comisión Europea mediante las investigaciones sectoriales o sector inquiries. Mediante

estos análisis, la Comisión Europea analiza sectores de la economía o tipos de acuerdos, cuando existen sospechas de que no se alcanza el nivel de competencia deseado.

En este caso, la Comisión Europea una vez abierto el procedimiento, realiza una serie de análisis en el mercado que culminan con la publicación de un informe final de forma pública, en el que se identifican problemas de competencia presentes en el mercado. En determinados casos, la información remitida en estos informes ha dado lugar a nuevos paquetes legislativos impulsados por la Comisión (por ejemplo el tercer paquete de energía) o a investigaciones específicas en ciertos agentes del mercado.

El número de sector inquiries realizados por la Comisión es relativamente reducido. Los sectores investigados hasta la actualidad han sido siete: el farmacéutico, los servicios financieros, el mercado energético, el bucle local de telefonía, al alquiler de líneas telefónicas, las tarifas de itinerancia móvil (mobile roaming) y la provisión de contenidos deportivos a través de redes de 3ª generación.

En el Reino Unido, el instrumento similar es más poderoso que en España o que en Bruselas ya que la CMA tiene capacidad para adoptar remedios a los problemas competitivos detectados. La Office of Fair Trade (OFT, que tras su fusión con la Competition Commission será en breve reemplazada por la CMA 20) tiene la capacidad de iniciar investigaciones de mercado en los mercados que considera que existen dudas sobre el funcionamiento efectivo de la competencia. La OFT puede iniciar sus estudios de mercado por una variedad de razones, tal como establece en sus Guidelines 21 tales como las quejas de organizaciones empresariales, denuncias de consumidores, peticiones de los organismos gubernamentales o como consecuencia de análisis previos de la OFT (públicos o internos). Los Guidelines describen el objeto, la metodología y el contenido para la elaboración de estudios de mercado.

Como consecuencia de la realización de estos estudios de mercado, el informe de la OFT puede incluir, en caso de encontrar fallos de mercado, campañas de concienciación a los consumidores, recomendaciones para empresas, recomendaciones para los gobiernos o apertura de investigaciones. Cuando suponen un grave perjuicio para la competencia,

la OFT envía el informe a la Competition Commission (CC) para que realice un análisis en más profundidad mediante una Investigación de Mercado.

Las peticiones de inicio de una investigación de mercado, además de la OFT, también podrán ser realizadas por los reguladores sectoriales o los ministerios.²² Mediante estas investigaciones de mercado, la CC analiza si alguna característica o combinación de características del mercado impide, limita o distorsiona la competencia. Si la CC concluye que éste es el caso, deberá solucionar los problemas del mercado introduciendo remedios (por ejemplo, mediante la desincorporación de activos) o recomendando acciones a otros organismos (por ejemplo mediante un cambio legislativo del gobierno).

Desde 2004, la CC ha realizado 15 Investigaciones de Mercado²⁴ y en sólo uno de ellos (BAA Airports)²⁵ se han impuesto obligaciones de desinversión (una investigación reciente en mercados privados de sanidad²⁶ también propone desinversiones pero no es todavía definitiva). Por otro lado, el procedimiento establece salvaguardas al prever la necesaria coordinación entre diferentes reguladores para llevar a cabo acciones que solucionen la competencia.

4.5 control de Concentraciones

La Propuesta de Ley no modifica prácticamente el sistema de control de concentraciones. Se sigue manteniendo el sistema dual de notificación y posibilidad de investigar una concentración no notificable en el plazo de un año después de producirse. Este sistema presenta cierta inseguridad jurídica ya que las concentraciones no son firmes hasta después de un año de producirse. Quizás para aumentar la seguridad jurídica se podría articular un sistema de consulta previa de concentraciones mediante el cual los agentes pudieran consultar la necesidad o no de notificación y la posibilidad de que la concentración sea ilícita.²⁷ De esta forma, las garantías para que las concentraciones sean firmes serían mayores.

Igualmente, la tendencia europea e internacional para el análisis de las operaciones de concentración es realizar un análisis de efectos sobre el grado de competencia existente antes de la operación. En el caso de las concentraciones

horizontales, se incluirían los efectos sobre el precio derivados de un aumento del poder de mercado de la entidad fusionada (efectos unilaterales) y los efectos sobre el precio derivados de una menor competencia en el mercado y un mayor riesgo de colusión implícita (efectos coordinados).

Las concentraciones no-horizontales son potencialmente más procompetitivas, pero también pueden dar lugar a problemas de competencia.

En el caso de las concentraciones verticales, la empresa resultante puede usar su posición para limitar la habilidad competitiva de sus competidores al incrementar sus costes o al excluirlos del mercado, bien en el mercado aguas arriba o en el mercado aguas abajo (efectos unilaterales) y pueden incrementar la posibilidad de coordinación con competidores, por ejemplo si la concentración incrementa la transparencia en el mercado, incrementa las participaciones cruzadas o incrementa el número de mercados en los que compiten (efectos coordinados).

Las concentraciones de conglomerados por su parte pueden reducir la competencia futura al extender su posición de dominio en un mercado al mercado adyacente mediante prácticas como el tying o el bundling (efectos unilaterales) y al facilitar la coordinación si los competidores en un mercado son también competidores en el mercado adyacente (efectos coordinados).

La Propuesta de Ley no contempla modificaciones en el análisis de las operaciones de concentración. Sería recomendable que la nueva Ley se adaptase a la práctica internacional en esta materia incorporando bien en la Ley o en su normativa de desarrollo una metodología de análisis de los efectos de las concentraciones.

4.6 Facultades de Abogacía de la COFECE no Vinculantes

La COFECE mantiene las facultades de abogacía del regulador recogidos en el art. 12 de la Propuesta de Ley (fracciones XII, XIII, XIV y XV), por las que puede emitir opiniones sobre modificaciones normativas o políticas que tengan efectos en la competencia incluyendo recomendaciones en su

elaboración. Esta función es fundamental en la actividad de las autoridades de competencia, al promover un marco regulatorio favorable a la competencia.

No obstante, la iniciativa limita la efectividad de estas facultades al considerar que todas estas opiniones tendrán un carácter “no vinculante”. La Propuesta de Ley debería encontrar un punto intermedio entre la legitimidad del poder legislativo para poder modificar las leyes y la función de COFECE de velar por la naturaleza competitiva de los mercados. Si se decidiera eliminar la naturaleza vinculante de las recomendaciones, se debería establecer una obligación a las autoridades públicas de consultar con la COFECE sobre los posibles efectos anticompetitivos de las modificaciones normativas y de responder de forma justificada a las recomendaciones de la COFECE. Tanto las opiniones de la COFECE como las respuestas de las autoridades públicas deberían ser públicas.

5. Aspectos Institucionales y Proceimentales

5.1 Transparencia

La transparencia es fundamental para garantizar la independencia de COFECE, garantizar el tratamiento justo e igualitario de las partes de un proceso, garantizar el cumplimiento del procedimiento y rendir cuentas ante el ciudadano. Por otro lado, la transparencia debe combinarse con un nivel de confidencialidad que permita a la COFECE llevar a cabo su misión y que respete los secretos comerciales de las empresas y debe, en la medida de lo posible, entorpecer lo menos posible la eficacia del procedimiento.

La Propuesta de Ley contiene numerosos elementos que refuerzan la independencia y fomentan la transparencia de las actuaciones de la COFECE como el procedimiento de nombramiento de los comisionados (art. 13 y siguientes), la publicación de algunas de las actuaciones de la COFECE en su sitio de Internet (art. 96 para resoluciones sobre condiciones de mercado y art. 130 para directrices y otros documentos) así como el sometimiento a consulta pública de las directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos (art. 130).

Sin embargo, en otros casos la transparencia es mejorable debido a que en ocasiones la consecución de la misma complica excesivamente el procedimiento sin una contribución clara a la mejora de la transparencia.

Por ejemplo, el artículo 18 de la Propuesta de Ley establece que las "sesiones del Pleno serán de carácter público, excepto aquellas porciones en que se traten temas con Información Confidencial (...). El Pleno deberá fundar y motivar la resolución en la que determine que una sesión no será pública". Las autoridades de competencia tratan de forma frecuente con información confidencial (principalmente, información comercial sensible de las empresas investigadas) por lo que sería necesaria una revisión pormenorizada de todas las sesiones para identificar la información confidencial que se haya tratado en el Pleno lo que supondría una excesiva carga administrativa para gestionar la transparencia. Además el Pleno podrá aprobar una resolución sobre el carácter no público de las mismas y podría limitar considerablemente el número de sesiones que serán públicas. Por tanto, la medida no sólo es inefectiva sino que añade trámites adicionales como la revisión de la confidencialidad para realizar la versión estenográfica, o la resolución para determinar que una sesión no sea pública. Otras medidas, como la publicidad de la agenda y de las conclusiones de las reuniones del pleno (salvo las partes confidenciales) o la asistencia del Titular de la Contraloría o de personal de la Comisión, garantizarían de forma más efectiva la transparencia de las reuniones del Pleno sin añadir ineficiencias al procedimiento.

También, el artículo 25 de la Propuesta de Ley establece que "(l)os Comisionados podrán tratar asuntos de su competencia con personas que representen los intereses de los Agentes Económicos únicamente mediante audiencia". El artículo establece un complejo procedimiento para organizar, grabar y publicitar dichas audiencias lo que dificulta el contacto entre los miembros del Pleno y las partes. La resolución de un expediente de competencia requiere a menudo un conocimiento profundo del sector y las prácticas comerciales que se desarrollan en el mismo. En ocasiones, este conocimiento requiere una interacción fluida con las partes. El procedimiento descrito en el artículo 25 obstaculiza el diálogo

entre los miembros del Pleno y las partes de un proceso lo que puede dificultar la resolución eficiente de un expediente.

La existencia de la reunión sirve de elemento disciplinador para garantizar la objetividad de los miembros del Consejo. Otras medidas que favorecerían la transparencia son:

- La información periódica a las partes sobre el estado del procedimiento (comunicación del inicio del procedimiento, discusión del caso con las partes, comunicación de calendarios previstos).

- Asegurarse de que todas las partes afectadas son parte del expediente y son debidamente informadas y escuchadas.

- Publicidad en el sitio de internet de los principales hitos de cada procedimiento (apertura de expediente, visitas, dictamen, resolución).

- Publicación de todo tipo de resoluciones, acuerdos e informes de la COFECE.

5.2 Predictibilidad del Procedimiento

La separación de la fase de investigación de la de resolución ha añadido nuevas fases al procedimiento que lo hace más complejo e impredecible. Se debería revisar el procedimiento y eliminar los hitos que no sean estrictamente necesarios y acotar los plazos máximos de los procedimientos de forma que sean suficientes y predecibles. En este sentido, la experiencia en la aplicación de la LFCE debiera servir para acotar, simplificar y definir mejor los procedimientos de forma que se garantice la efectividad de la aplicación de la LFCE.

Por ejemplo, en el caso de la fase de investigación de conductas anticompetitivas la Propuesta de Ley establecen tres plazos:

Período de investigación: "El periodo de investigación comenzará a contar a partir de la emisión del acuerdo de inicio respectivo y no podrá ser inferior a treinta ni exceder de ciento veinte días." (art. 71);

Período de visitas "La práctica de las visitas no podrá exceder de dos meses, que podrá prorrogarse hasta por otro periodo igual, en caso de que así lo justifique la investigación" (art. 75);

Plazo para presentación “Concluida la investigación, la Autoridad Investigadora, en un plazo no mayor de sesenta días, presentará al Pleno un dictamen” (art. 78).

La superposición e indefinición de los plazos hace difícil la gestión de los expedientes por parte de la AI y la predictibilidad de la duración de los mismos. En España, por ejemplo, el plazo de duración máximo del periodo de investigación es de doce meses desde la apertura del expediente y finaliza con la presentación de una Propuesta de Resolución al Consejo (equivalente al Pleno). No existen plazos intermedios dentro de la fase de investigación. El Consejo dispone de seis meses para adoptar una Resolución. El plazo puede ser interrumpido por causas tasadas. Ello debería ir acompañado del compromiso de informar a las partes sobre el estado y evolución del expediente (lo cual refuerza la necesidad de una comunicación fluida entre la COFECE y las partes).

5.3 Control del Procedimiento y Garantías de las Partes

La Propuesta de Ley concede un amplio espacio a la figura y funciones de la Contraloría Interna cuya función principal es la fiscalización de los ingresos y egresos de la Comisión, así como del régimen de responsabilidades de los servidores públicos.

En la mayoría de las autoridades de competencia europeas esta función la realiza el mismo órgano que fiscaliza las cuentas del estado. En España, esta función la realiza la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE). La IGAE depende de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) y es el órgano encargado de gestión económico-financiera del sector público estatal. Este organismo es el encargado de velar por que la actividad económico-financiera se adecue a los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia.

Tanto la normativa española como la de la mayor parte de los países de Europa no consideran que la realización de estas actividades por parte de un organismo dependiente

del gobierno ponga en cuestión la independencia de la labor de la autoridad de competencia, al realizarse esta labor de intervención de acuerdo a criterios objetivos y transparentes.

No obstante, la Contraloría podría asumir, además de las funciones que ya tiene, una función que cobra vital importancia en gran parte de las autoridades de competencia europeas que es la del control del procedimiento.

Así en España, la ley de creación de la autoridad reguladora y de la competencia³³ incluye la creación de un órgano de control interno, cuyo objetivo es mejorar la eficiencia, eficacia y calidad de los procedimientos de supervisión. Se establece que este órgano deberá ser imparcial, objetivo y evitar la producción de conflictos de intereses. Este órgano debe elaborar un informe sobre la adecuación de las decisiones adoptadas por la Comisión a la normativa procedimental aplicable.

Un organismo equivalente en la Comisión Europea pero con funciones más amplias es la Hearing Office de la Dirección General de la Competencia. El objetivo de la misma es garantizar la imparcialidad y objetividad en los procedimientos de competencia. Las dos funciones principales de esta oficina son, por un lado, organizar y realizar los procedimientos de audiencia oral y, por otro lado, actuar de árbitro independiente en las disputas que puedan surgir entre las partes en aspectos procedimentales.

En el ámbito de la segunda función, la oficina es la encargada de velar porque se cumplan los derechos fundamentales durante el procedimiento, en particular, garantizar los derechos procesales de las partes, el derecho a ser oído, el derecho de acceso al expediente y el derecho a la confidencialidad.

Las partes pueden acudir a la oficina cuando consideren que alguno de estos derechos es incumplido, así como cuando consideren que están siendo discriminados en la tramitación del expediente, para requerir información acerca del estado del expediente o por cuestiones de extensión de los plazos de respuesta.

La oficina deberá además realizar informes durante el procedimiento (tras cada audiencia oral) y al final del expediente evaluando el cumplimiento de los derechos procesales de las partes.

En el Reino Unido, el Procedural Adjudicator cumple una función similar a la del Hearing Office. De igual modo, se encarga de organizar las audiencias orales al mismo tiempo que actúa de garante de la legalidad del procedimiento. Este órgano fue introducido por la OFT de forma experimental en 2011 para solucionar las posibles disputas que pudiesen surgir sobre la investigación. Esta figura se ha mantenido en la nueva Competition and Markets Authority (CMA) bajo el nombre del Procedural Office.

5.4 Estructura de la COFECE

La creación de la AI y sus funciones se regulan en tan solo 11 artículos (frente a 10 de la Contraloría) y quedan algunas cuestiones abiertas tanto sobre las funciones como sobre la relación entre la AI y el Pleno. El papel de la AI y la relación con el Pleno deberían definirse más claramente. En particular, la existencia de un órgano independiente dentro de una agencia independiente plantea problemas de gestión y jerarquía no resueltos por la Propuesta de Ley (por ejemplo, si es el Pleno o la AI quien determina la apertura de una investigación de oficio, el papel de la AI y el Pleno en la elaboración de Disposiciones Regulatorias, de directrices y otros o quién ostenta la representación de la COFECE en foros nacionales o internacionales).

Por ejemplo, la separación funcional de la AI se realiza a través de un sistema de procedimiento en forma de juicio que puede crear demasiadas rigideces en la investigación. Si se diera el caso de que la investigación fuera incompleta o contuviese deficiencias no se prevé un procedimiento por el cual el Pleno pueda solicitar la continuación de la investigación y la presentación de un nuevo dictamen.

Un posible sistema puede articularse a través de un método de devolución del expediente cuando el Pleno considere que en el dictamen no existe suficiente información o existen fallos en la investigación. En España, a pesar de que la ley no recoge explícitamente la devolución de expedientes a la Dirección de Competencia (equivalente a la AI mexicana), en la práctica, el Consejo en ocasiones ha devuelto expedientes por considerar que la investigación ha sido incompleta o deficiente.

5.5 Estructura de la Ley

Parece más apropiado mantener la estructura de la Ley vigente cuyo Libro Primero trata de las conductas anticompetitivas que es el objeto principal de la Ley. El resto de los Libros (Organización y Funcionamiento y Procedimientos) implementan formal e institucionalmente los instrumentos para hacer efectiva la lucha contra las conductas anticompetitiva.

Por otro lado, con el fin de que futuras modificaciones, ajustes y correcciones sean más sencillas sería más apropiado que los detalles del procedimiento se relegasen a normativa complementaria y no figurasen en la Ley.

6. Conclusiones

Tras más de veinte años de vigencia de la LFCE, la modificación de la Ley es una magnífica ocasión para revisar las deficiencias y omisiones de la Ley y mejorar su efectividad. La Propuesta de Ley debería hacer uso de la experiencia acumulada en la aplicación de la LFCE durante las dos últimas décadas y de la experiencia internacional para resolver aquellos aspectos que la Ley vigente no trata de forma satisfactoria o aquellas cuestiones relevantes no incluidas en la misma.

La Propuesta de Ley incorpora cambios por mandato constitucional y otros cambios que supuestamente persiguen la mejora de la efectividad de la LFCE. Sin embargo, no se percibe que dichas modificaciones, sobre todo en el ámbito sustantivo, respondan a posibles deficiencias o a la falta de efectividad de la Ley vigente o, por lo menos, éstas no están claramente identificadas. Por otro lado, muchas modificaciones de la Propuesta de Ley se centran en aspectos procedimentales y formales que no justifican un cambio de ley ya que, probablemente pudieran haberse acometido por medio de regulaciones de rango inferior.

En el ámbito sustantivo, existen numerosos aspectos que deberían considerarse con el fin de aumentar la efectividad la Ley y adaptarla a las mejores prácticas internacionales:

La modificación de la LFCE debería incluir la posibilidad de que el intercambio de información o los acuerdos horizontales que no tengan como objeto o efecto la fijación de precios o la compartición del mercado (como los acuerdos de producción o compra, de investigación y desarrollo y de comercialización) puedan ser considerados como prácticas monopólicas relativas y que su análisis se lleve a cabo caso por caso.

La Propuesta de Ley debería aprovecharse para adaptar el método de análisis de las operaciones de concentración a la práctica internacional incorporando una metodología de análisis de los efectos de dichas concentraciones acorde con las mejores prácticas internacionales.

La nueva función que propone la Propuesta de Ley en relación a la investigación de la existencia de insumos esenciales y barreras a la competencia y la adopción de

medidas para su eliminación o regulación, debería ser mejor definida y delimitada con el fin de garantizar su efectividad y reducir posibles arbitrariedades e intervenciones injustificadas en los mercados. Esta función va más allá de las competencias de la mayoría de las autoridades de competencia del mundo. El papel de las autoridades de competencia en la promoción activa de la competencia es fundamental y es especialmente eficaz en la realización de análisis del funcionamiento de los mercados. No obstante, la introducción de estas nuevas provisiones no está exenta de posibles riesgos relacionados con la posibilidad de una excesiva intervención en los mercados y de la introducción de incertidumbre reguladora.

Por último, la Propuesta de Ley debería reforzar la facultad de abogacía de la COFECE. La Propuesta de ley elimina el carácter vinculante de las recomendaciones, sin establecer otros instrumentos alternativos para no limitar la función de abogacía. Se podría establecer de forma alternativa la obligación a las autoridades públicas de consultar con la COFECE sobre los posibles efectos anticompetitivos de las modificaciones normativas y de responder de forma justificada a las recomendaciones. Tanto las opiniones de la COFECE como las respuestas de las autoridades públicas deberían ser públicas.

Comentario de investigadores del Centro de Investigación y Docencia Económicas

Esta nota tiene como propósito contribuir al proceso de dictaminación del proyecto de Ley Federal de Competencia Económica. Fue elaborado por los siguientes profesores investigadores expertos en materia de regulación económica y competencia: Dra. Josefina Cortés Campos (Departamento de Derecho, ITAM), Dr. Alexander Elbittar (División de Estudios Económicos, CIDE), Dr. Sergio López Ayllón (División de Estudios Jurídicos, CIDE), Dra. María Solange Maqueo (División de Estudios Jurídicos CIDE), Dra. Elisa Mariscal (profesora externa del CIDE) y el Dr. José Roldán Xopa (División de Administración Pública, CIDE).

Todos quienes participaron en su elaboración comparten la convicción de que la competencia es una de las condiciones necesarias para el crecimiento económico, la competitividad y el bienestar de los consumidores. La reforma constitucional de 2013 abre una nueva etapa institucional, pero su eficacia depende de una legislación secundaria sólida, tanto técnica como jurídicamente, que dote a los nuevos órganos constitucionales autónomos, la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones, de las facultades y condiciones que permitan el cumplimiento cabal y eficaz de su mandato constitucional. La iniciativa de Ley Federal de Competencia Económica enviada por el Ejecutivo Federal representa un punto de partida importante pero que puede ser perfeccionado en el proceso de dictaminación y aprobación por el Congreso de la Unión.

A continuación exponemos las consideraciones generales sobre el proyecto así como la identificación de las omisiones más importantes. Posteriormente se desarrollan comentarios puntuales a diversos artículos de la iniciativa de Ley Federal de Competencia Económica.

A. Consideraciones generales

1. ¿Es necesaria una nueva Ley?

La iniciativa reformula prácticamente todos los artículos de la Ley vigente, aun donde no se aprecian cambios relevantes en el contenido. Conviene reflexionar sobre este diseño pues si bien la reforma constitucional de 2013 creó un nuevo régimen institucional e introdujo algunas novedades sustantivas relevantes (por ejemplo, insumos esenciales), no parece haber evidencia de que se haya cuestionado la regulación sustantiva que contenía la Ley vigente. Con independencia de los posibles méritos de la nueva redacción (y que como señalamos adelante crea importantes problemas particularmente en materia de insumos esenciales y barreras de entrada) la estrategia de “refundar” la ley genera riesgos importantes: podrían no aprovecharse los más de 20 años de experiencia en la aplicación e interpretación judicial de los contenidos sustantivos de la ley y la creación de una jurisprudencia estable; se abre la puerta a la renegociación legislativa de temas ya resueltos; y sobre todo se incentivan nuevas maneras de interpretar y aplicar la ley que conducirán a numerosos y costosos litigios en la materia. Una estrategia legislativa que limite los cambios a aquellos estrictamente necesarios resultaría más racional, eficaz y contribuiría a generar la certeza jurídica tan necesaria en esta materia. Alternativamente, sería necesario justificar cada uno de los cambios propuestos para clarificar su propósito y facilitar la interpretación de la ley tanto por las autoridades como por los jueces. A este respecto, la exposición de motivos de la iniciativa que se dictamina es prácticamente omisa.

2. El Ifetel como autoridad de competencia.

El diseño de la ley obvia el hecho de que, por mandato constitucional, el Ifetel es la autoridad de competencia en materia de telecomunicaciones. Dicho de otro modo, la Ley que se dictamina será aplicada por dos órganos distintos cuya competencia, reglas sustantivas y procedimientos derivan del mismo instrumento. En su redacción actual, la iniciativa no resuelve adecuadamente esta situación y remite la solución de los eventuales problemas de competencia a los tribunales

especializados. Esto es un grave error. En nuestra opinión, el diseño de la Ley debería considerar expresamente que su aplicación implica a dos órganos distintos; desarrollar los contenidos específicos que, en materia de competencia económica, corresponden al Ifetel; establecer principios generales que permitan solucionar los problemas de competencia entre los dos órganos; y crear una instancia institucional de coordinación entre la Cofece, el Ifetel y el Ejecutivo Federal, a quien correspondería en primera instancia resolver los problemas de competencia entre los dos órganos. Los conflictos de competencia no deben verse como problemas formales, sino de eficiencia institucional.

De no incluirse estas disposiciones, la acción del Ifetel en materia de competencia se verá gravemente comprometida.

3. Facultad reglamentaria.

Un aspecto crucial en el diseño de la ley es determinar a quién corresponde el ejercicio de la facultad reglamentaria. En efecto, puesto que la aplicación de la Ley no corresponde al ámbito del Ejecutivo Federal, cabe preguntarse si la facultad prevista en el artículo 89, fracción I, de la Constitución es aplicable a esta Ley. En el caso de que la respuesta fuera negativa (situación que la iniciativa no considera), entonces debe precisarse cuál es el alcance de las facultades que en materia reglamentaria corresponderían tanto a la Cofece como al Ifetel. En su versión actual no es claro si las “disposiciones regulatorias” a que se refiere la iniciativa equivalen a un reglamento, y si estas podrán ser emitidas indistintamente y sin coordinación por los dos órganos aplicadores en sus respectivos ámbitos de competencia. Una cuestión adicional es que la Constitución limita la facultad de las autoridades de competencia para emitir “disposiciones administrativas de carácter general” exclusivamente para cumplir su función regulatoria (artículo 28 fracción IV de la CPEUM), mientras que la ley faculta a la Cofece a emitir “disposiciones regulatorias” sin precisar cuál es el ámbito de esta función regulatoria. Es indispensable que la ley resuelva de manera inequívoca estas cuestiones para evitar numerosos litigios sobre la constitucionalidad de las disposiciones administrativas que emitan tanto Cofece como Ifetel.

4. Ausencia de disciplinas de mejora reguladora.

Con independencia de lo señalado en el inciso anterior, el ejercicio de las facultades regulatorias de las autoridades de competencia debería estar sujeto a las disciplinas básicas de mejora regulatoria. Si bien es cierto que el artículo 130 de la iniciativa establece un procedimiento de consulta para la emisión de “directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos” (nótese que no se precisa cuál es la diferencia entre los distintos tipos de medidas regulatorias), ésta no es una disciplina suficiente de acuerdo a las mejores prácticas internacionales. Consideremos que la Ley debería establecer un conjunto de disciplinas de mejora regulatoria para la expedición de cualquier disposición reglamentaria de carácter general, entre otras realizar un análisis de impacto regulatorio que incluya un análisis costo-beneficio de la regulación; un proceso de consulta pública mejor diseñado en que se asegure que los comentarios de los particulares son escuchados y respondidos; así como la participación de un órgano externo a la Cofece y en su caso del Ifetel) que pudiera formular observaciones o recomendaciones a la propuesta de regulación. Puesto que la regulación de competencia tiene un impacto económico relevante en las actividades productivas, resulta indispensable establecer estas disciplinas para no dar pasos atrás respecto del régimen actual.

5. Opiniones no vinculantes de la Cofece.

Uno de los instrumentos más importantes de un órgano garante de la competencia es la posibilidad de emitir recomendaciones vinculatorias a las diferentes autoridades con facultades para emitir normas con efectos en la competencia y con ello promover proactivamente un marco regulatorio favorable a la competencia. La iniciativa elimina esta condición y limita las facultades de la Cofece para emitir opiniones que en todos los casos son “no vinculatorias”. La Ley debería otorgar a la Cofece y al Ifetel amplias facultades autónomas para emitir recomendaciones vinculantes. En su defecto, debería establecer que las autoridades que reciban una opinión de la Cofece deben responder de manera pública

y puntual las razones por las cuales no consideran procedente dichas recomendaciones. La iniciativa en su estado actual implica un grave retroceso que compromete el mandato de la Cofece.

6. Diseño de la autoridad investigadora.

Uno de los cambios más importantes en el diseño de la reforma constitucional de 2013 es la separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación y la que resuelve los procedimientos que se sustancien en forma de juicio. En esta materia si bien la iniciativa establece una “autoridad investigadora”, regula insuficientemente su integración, operación e independencia. Peor aún, remite al estatuto orgánico el diseño de esta autoridad, comprometiendo el principio implícito de reserva de ley que contiene la fracción V del artículo 28 constitucional reformado, y con ello la legalidad de la actuación de esta autoridad. En el mismo sentido, la facultad del Pleno de ordenar el inicio de un procedimiento aun cuando la autoridad investigadora haya propuesto el cierre del expediente parece violatoria del mandato constitucional de separar investigación de decisión. El diseño de la autoridad investigadora y de la autoridad resolutoria, así como el establecimiento preciso de su separación es una cuestión que es crucial revisar en su conjunto.

7. Diseño de la contraloría interna de la Cofece.

Contrasta el precario diseño normativo de la autoridad investigadora con la extensión y detalle con el que se regula la contraloría interna de la Comisión. Por lo demás, el diseño de este órgano responde a una concepción inadecuada de un órgano interno de control, que debería estar orientado a la auditoría preventiva y el control interno para coadyuvar al buen desempeño de las funciones administrativas y sustantivas de la Comisión. El diseño propuesto obvia además que la iniciativa de reformas a la Constitución en materia de corrupción y responsabilidades, actualmente en discusión en la Cámara de Diputados, implica una modificación sustantiva del régimen de responsabilidades que entra en conflicto con el modelo propuesto en la

iniciativa. Muchas de las cuestiones que se proponen en la iniciativa de Ley podrían ser resueltas adecuadamente en el estatuto orgánico de la Comisión y con ello evitar la creación de un órgano de supervisión que podría atentar contra la autonomía de esta entidad.

8. Régimen de transparencia.

Las definiciones propuestas en materia de información pública, confidencial y reservada son distintas y pueden generar conflictos de interpretación respecto de las contenidas en el artículo 6 de la Constitución. De no corregirse esta situación pueden provocarse conflictos indeseables entre la Cofece y el nuevo órgano de transparencia (IFAI). Por otro lado, el régimen de transparencia propuesto hace prácticamente nugatorio el mandato constitucional en materia de transparencia y acceso a la información pues el carácter público de las sesiones será más la excepción que la regla dado que en la mayoría de los plenos se tratan asuntos que contienen información confidencial. Resulta central revisar estas disposiciones para asegurar que prevalezcan los principios de transparencia y acceso a la información en congruencia con los principios y conceptos contenidos en el artículo 6 constitucional.

9. Aspectos sustantivos.

La iniciativa presenta diversos e importantes problemas en materia de regulación sustantiva. En particular, el tema de “insumos esenciales” está mal regulado y existe una grave confusión entre la regulación “ex post” y “ex ante” que requiere ser corregida. La regulación de barreras a la entrada es poco clara en su procedimiento y objetivo y puede generar excesos claramente indeseables. Tampoco se incluye el análisis de efectos coordinados en el contexto de concentraciones. En cambio, se desvincula la primera fracción del artículo sobre prácticas monopólicas absolutas al “intercambio de información” y se la incluye como una nueva conducta separada, la cual no constituye un cartel y es analizada bajo un criterio de razonabilidad en el resto del mundo debido a sus posibles efectos competitivos. En general, los nuevos elementos de regulación sustantiva

requieren ser integralmente revisados (insumos esenciales y barreras a la entrada) y, como se sugirió al inicio de esta nota, realizar los menores cambios posibles a la legislación vigente en materia de prácticas monopólicas absolutas, relativas y concentraciones. En todos los casos, los cambios deberán estar ampliamente justificados. La segunda sección de este documento analiza puntualmente estas cuestiones.

10. Procedimientos.

El conjunto de los procedimientos requiere de una revisión acuciosa para asegurar que funcionen adecuadamente. En particular algunos plazos que fueron reducidos requieren ser revisados para asegurar que tanto la autoridad como los particulares cuentan con tiempo suficiente para compilar y analizar la muy amplia y compleja información que implican los procedimientos en materia de competencia.

También debe ser revisada la necesidad de contar con procedimientos especiales. Resulta inadecuado a la luz de la jurisprudencia el uso supletorio en exclusividad del Código de Procedimientos Civiles. De manera general la ley no establece recursos de revisión que resultan indispensables para ciertos procedimientos. Finalmente resulta cuestionable constitucionalmente la excepción que hace la Ley hace en favor del Ejecutivo y la Procuraduría de iniciar procedimientos preferentes y con requisitos menores a los que se les exigen a los particulares.

11. Tipos penales.

La iniciativa omite desarrollar los nuevos tipos penales que mandata la Constitución (por ejemplo, podría pensarse en sancionar la negativa para permitir visitas de verificación o incumplimiento de las resoluciones firmes de la Cofece).

12. Controversias constitucionales contra actos de autoridades estatales y municipales.

Con independencia de que el procedimiento propuesto subordina la decisión de proceder al Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal, cabe preguntarse por la pertinencia de la vía de

la controversia para resolver el problema de las barreras al comercio interestatal pues en rigor no constituyen actos que impliquen una invasión de competencias. Para resolver este problema cabría considerar una acción especial de control de regularidad constitucional que podría ser activado directamente por la Cofece y estar desarrollada en la propia ley.

B. Consideraciones específicas por artículo

Artículo 1.

Técnicamente, la redacción de la ley vigente es más limpia. Dado que toda ley es de “orden público”, no resulta necesario hacerlo explícito en el artículo. De igual forma, resulta innecesario incluir los términos “prácticas monopólicas” y “concentraciones”.

Un tema aún pendiente de resolver consiste en determinar el alcance de esta Ley en los tres órdenes de gobierno y las facultades para legislar en materia de competencia económica por parte de las legislaturas de los Estados y el Distrito Federal, por lo que se estima necesario poner especial atención en esta situación.

Artículo 2.

Las “barreras de entrada” están escasamente reguladas en el proyecto de iniciativa de Ley, por lo que se estima conveniente definirlas con un mayor grado de detalle a fin de evitar posibles excesos. A manera de ejemplo podemos citar el caso extremo de intentar eliminar las barreras normativas. Cabe decir que la definición de las barreras de entrada tiene una incidencia en cómo se ejerce la competencia y cuál es su alcance.

Artículo 3.

Por lo que hace a la definición de “agente económico” en el proyecto, resulta necesario analizar si coincide con la nueva organización de la Administración Pública Federal, tales como las nuevas empresas productivas del Estado, o bien órganos reguladores coordinados.

Respecto de la definición de “Comisión” es necesario considerar que también el Ifetel será uno de los órganos que aplicará esta ley para los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones.

La definición de disposiciones regulatorias es problemática, toda vez que crea una categoría nueva equiparable a las “disposiciones administrativas de carácter general”, que en todo caso no son generales sino “exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria”

Las definiciones de información “confidencial”, “pública” y “reservada” presentan divergencias respecto del estándar constitucional del artículo sexto, así como con el que establece la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Esto crea potenciales problemas de congruencia entre el régimen de acceso a la información previsto en esta ley y la general que establecerá el Congreso de la Unión en la materia. Por ello, con el objetivo de evitar conflictos entre dos órganos constitucionales, es crucial revisar este aspecto.

Artículo 4.

La redacción de este artículo en su segunda oración del artículo que señala que “Serán responsables solidarios los Agentes Económicos que hayan tomado o adoptado la decisión, así como instruido o ejercido influencia decisiva en la toma de decisión, y el directamente involucrado en la realización de la conducta prohibida por esta ley”, no es clara puesto que no se establece a qué decisión hace referencia. De no precisarse, se generarán problemas al momento de su aplicación. De igual forma, resulta necesario definir cuál es el alcance del concepto de agente económico “solidario” en la aplicación de la ley.

Artículo 5.

La iniciativa no resuelve de manera adecuada la situación de que la Ley de Competencia Económica será aplicada por dos órganos con autonomía constitucional. Este artículo es

notoriamente insuficiente para incorporar la actuación del Iftel y se requiere de un mejor diseño normativo.

La iniciativa omite fijar los estándares generales de competencia y se limita a reenviarlos a los tribunales especializados a través de un procedimiento sumario para resolver problemas de competencia entre órganos constitucionales autónomos.

La previsión de dicho procedimiento genera potenciales problemas. El primero consiste en la posibilidad de atribuir facultades a los tribunales especializados en materia de competencia y telecomunicaciones que van más allá del objeto de esta especialización. Al respecto debe tomarse en consideración que la tendencia, a través de tesis jurisprudenciales recientes, ha ido en el sentido de definir la competencia de los mismos en razón de la naturaleza del acto reclamado. El segundo, por su parte, hace referencia a la ausencia de previsión normativa de los efectos que tendrían las resoluciones de los tribunales especializados respecto de los actos y resoluciones emitidas por el órgano constitucional autónomo declarado incompetente.

Cabe observar que el artículo 28 de la Constitución establece expresamente que no procederá ningún recurso ordinario o constitucional contra actos intraprocesales, por lo cual sería inimpugnable. Además, el procedimiento produce la suspensión, cuestión que podría rivalizar con lo dispuesto por la fracción VII del artículo 28 constitucional.

Artículo 6.

Debe revisarse la definición de área estratégica como límite a la acción de la Comisión Federal de Competencia Económica a la luz de la nueva definición de área estratégica tras la reforma constitucional en esa materia.

Artículo 9.

La eliminación de la obligación de la Secretaría de Economía para oír la opinión de la Comisión en la fijación de precios máximos y la pérdida del carácter vinculante de sus opiniones

en materia regulatoria, supone un debilitamiento de la posición de la Comisión frente al Ejecutivo Federal, a pesar de ser el máximo órgano garante en la materia con excepción de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones. Resulta importante reincorporar la opinión obligatoria de la Comisión pues de lo contrario podríamos estar ante un retroceso. El mandato de la Comisión incluye combatir las restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, por ello en esta materia debe tener intervención.

Por otro lado, no resulta claro por qué se excluyen los servicios así como los precios mínimos. Así, se considera que no es necesario que el análisis se limite al mercado relevante, sobre todo porque se analizarán prácticas monopólicas absolutas y éstas no requieren de ese estándar en el análisis lo cual puede llevar a nueva litigiosidad. Resulta necesario revisar si la Secretaría de Economía sigue siendo sujeto de ley respecto de prácticas monopólicas absolutas, sobre todo a la luz de que puede coordinar agentes económicos.

Artículo 12.

Se generan problemas de eficacia en las opiniones de la Comisión Federal de Competencia Económica en materia regulatoria (sobre ajustes a programas y políticas y disposiciones administrativas de carácter general), pues ya no tienen carácter vinculante, a pesar de que sus opiniones sean dirigidas exclusivamente al ámbito de la competencia económica.

Darles carácter no vinculatorio limita el mandato constitucional de la Comisión y elimina una de las herramientas “ex ante” de control en competencia que puede ser muy efectiva en términos disuasorios.

Es necesario crear mecanismos que permitan compatibilizar los procesos de mejora regulatoria con los criterios de los órganos garantes de la competencia económica, tanto a nivel federal como estatal.

Asimismo, resulta conveniente establecer desde la ley los mecanismos específicos de coordinación, especialmente con el Ifetel y el Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Economía.

La emisión de disposiciones en materia de libre competencia y competencia económica, supone de facto reglamentar la ley. En la medida que la Ley también será aplicada por el Ifetel, resulta necesario precisar el alcance de dichas disposiciones. A este respecto, debe también precisarse la diferencia entre "directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos" Es de hacer notar que deben emitirse todas, ya que la redacción incluye un "y" en vez de un "o" En la parte final del artículo usa el concepto de "criterios técnicos", que parece más adecuado.

Por lo que hace a la consulta pública para la elaboración de las directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos, se sugiere establecer la obligación de la Comisión de responder la razón por la que no tomó en consideración los comentarios derivados de la consulta, en su caso.

Respecto de realizar u ordenar la realización de estudios, trabajos de investigación e informes generales en materia de libre competencia y competencia económica, no resulta claro si es posible recibir reportes periciales en materia de investigaciones, lo cual se estima que debería ser una posibilidad real, toda vez que la capacidad de respuesta de la Comisión, ante abogados y economistas, podría verse sobrepasada.

Artículo 13.

No resulta claro por qué es necesaria una regulación a nivel de Ley del proceso de designación de Comisionados que establece la Constitución y que, en su mayor parte, es redundante con el texto constitucional.

Por otro lado, se resalta el hecho de que se regula el procedimiento para los Comisionados de la Comisión y no así para los del Ifetel, que siguen la misma regulación Constitucional.

Artículo 14.

La fracción VII contraviene el principio constitucional de transparencia del proceso obligando a la clasificación de información. Conviene revisar esta redacción. En todo caso, los principios constitucionales en materia de transparencia son los de

máxima publicidad y publicidad de los actos, no los de reserva de información.

Resulta cuestionable la constitucionalidad de la disposición que establece que no procede medio de defensa alguno contra las resoluciones del Comité. Una cuestión es la inatacabilidad de las resoluciones y otra la de inhibir la protección constitucional vía amparo.

Artículo 18.

Esta disposición hace que prácticamente todas las sesiones del pleno sean reservadas. Se contraviene así el mandato de la Constitución.

Se estima que sería útil que las reuniones de pleno tuvieran un “periodo de reserva” (“blackout period”, en inglés), independientemente que sean públicas. Es decir, que las reuniones se graben y que después se liberen para ser públicas. Esto le permite a la Comisión, como ocurre con otras autoridades regulatorias en el mundo, editar posibles comunicaciones privadas, evitar que se dé información que pudiera ser sensible en el muy corto plazo pero no en el mediano plazo, y hacer transcripciones de las sesiones si así lo desea, en lugar de transmitir el video de las sesiones.

Artículo 20.

La amplia facultad que se otorgaría al Comisionado Presidente para dirigir y administrar los recursos humanos, financieros y materiales de la Comisión tiene incidencia en el diseño de la autoridad investigadora, ello podría comprometer la autonomía que se le quiere dar.

Por otro lado, no se toma en consideración la participación del Comisionado Presidente en los foros internacionales.

Por último, resulta conveniente, con las adecuaciones necesarias, crear este espacio institucional con otros reguladores y autoridades que inciden en asuntos de competencia.

Artículo 21.

No se establece sanción alguna por el incumplimiento de esta prohibición, ni el procedimiento que establezca garantías para el probable infractor. Tampoco se especifica a qué tipo de procedimientos se hace referencia, en los términos tan amplios en los que está redactado este artículo podría aplicar a cualquiera de ellos, incluida la notificación por concentraciones.

Por otro lado, esta disposición genera un desincentivo para postularse como comisionado ya que el plazo de tres años para desempeñar un cargo en alguno de los Agentes Económicos que haya estado sujeto a los procedimientos ante la Comisión, podría ser excesivo. Es comprensible que se busque evitar la captura regulatoria y reducir el comportamiento oportunista de comisionados, pero debería otorgarse una garantía institucional como mantener total o parcialmente el salario por el periodo que dure la prohibición.

Artículo 23.

Se sugiere prever el derecho al recurso tratándose de la resolución de Comité de Evaluación, las remociones de Comisionados y de Auditor. Particularmente frente a un catálogo de supuestos de remoción tan rígido.

El supuesto que hace referencia a “tratar asuntos de su competencia con personas que representen los intereses de los Agentes Económicos fuera de los casos previstos en esta ley” requiere de elementos de mitigación. Es ambiguo, por lo que se sugiere especificar el efecto que el trato de estos asuntos causa, no sólo lo que pudiera ser una indiscreción.

“La notificación a que se refiere este inciso se practicará de manera personal” es poco claro ¿se refiere a la naturaleza privada de la audiencia?

Artículo 24.

El concepto de interés “indirecto” es complejo y podría resultar excesivo. Por ello, se estima conveniente precisarlo respecto del interés “directo”

Se considera que las prohibiciones son muy restrictivas. Dado que los comisionados de competencia opinan sobre todos los sectores de actividad económica, la probabilidad de que hayan sido peritos, testigos, patronos, o defensores es alta. Básicamente la fracción IV del artículo está erigiendo grandes barreras de entrada a cualquier comisionado, con excepción de académicos (y aun así, estos no pueden haber servido como peritos) y de personas que realmente no inciden de forma importante en la actividad económica.

Artículo 25.

Limitar los contactos de los comisionados con los Agentes Económicos únicamente a audiencias, va a generar un abismo de comunicación entre la comisión y sus regulados. Esto es grave dado que el trabajo de la Comisión Federal de Competencia es fundamentalmente un órgano técnico y complejo. Una posible solución sería obligar a que los Comisionados siempre que se reúnan con agentes económicos inviten también a la autoridad investigadora, para asegurar que no se dé el llamado “alegato de oreja” sin que ambas partes interesadas estén presentes.

Artículo 26.

La regulación de la autoridad investigadora, uno de los elementos nuevos más importantes que introduce la reforma Constitucional, es claramente insuficiente y se deja al Estatuto Orgánico, que no tendrá jerarquía de Ley. El diseño debe servir tanto a la Comisión como al Ifetel, debe señalar los requisitos de elegibilidad de la autoridad, y detallar en qué consiste su autonomía técnica y de gestión. Deberá también precisarse cómo está vinculada orgánicamente y cuáles las reglas de contacto con investigados y los comisionados y la estructura administrativa de la Comisión. Como parte en el procedimiento, la

autoridad investigadora también requiere de la posibilidad de contacto con el Pleno de la Comisión. Este contacto tiene una naturaleza distinta del contacto que tiene con el Pleno para coadyuvar a la realización de lineamientos, etc.

Artículo 28.

Debe establecerse un recurso contra las decisiones de desechamiento de la autoridad investigadora. Por otra parte, conviene regular las características y requisitos de las visitas de verificación. La Autoridad Investigadora ya no parece tener la facultad de participar en foros, reuniones con otras autoridades, etc. la cual pareciera estar reservada únicamente para los comisionados. Valdría la pena revisar con cuidado lo anterior, toda vez que los contactos entre el personal técnico de las autoridades de competencia es fundamental para el mejor desarrollo de esta política pública.

Artículo 32.

Al igual que en el caso de los ex comisionados, no se establece sanción alguna por el incumplimiento de esta prohibición, ni el procedimiento que establezca garantías para el probable infractor. Tampoco se especifica a qué tipo de procedimientos se hace referencia. Al igual que en el caso de los comisionados, debería otorgarse una garantía institucional sobre cómo mantener total o parcialmente el salario por el periodo que dure la prohibición.

Artículo 34.

El supuesto de responsabilidad de la autoridad investigadora y el procedimiento sancionador deberían estar relacionados con las prescripciones de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Artículo 37.

El diseño de la contraloría es inadecuado, obsoleto y genera incentivos negativos. No corresponde a las concepciones modernas de las funciones de control interno y auditoría que

coadyuven a que la Comisión cumpla con su misión. Por otro lado, no considera en su diseño que las responsabilidades administrativas saldrán del ámbito de competencia de las contralorías y pasarían al de la Comisión Anticorrupción de conformidad con el texto que se discute en la Cámara de Diputados. Su diseño es una garantía para lograr ineficiencia en la acción de la Comisión y no un buen desempeño de sus funciones. Resulta necesario revisar el esquema propuesto en esta ley y adecuarlo a las buenas prácticas internacionales en la materia. Las contralorías son un instrumento para una gestión adecuada de los recursos y propósitos de la Comisión, y no un órgano de fiscalización y sanción. Resulta paradójico que la regulación de la autoridad investigadora sea insuficiente y en cambio el de la contraloría innecesariamente detallado pues podría ir en el Estatuto Orgánico y no en la Ley.

Artículo 39.

El ejercicio de las facultades que se le confieren en la fracción XI conforme al régimen de responsabilidades vigentes implica necesariamente que la contraloría puede interferir en las funciones sustantivas de los funcionarios de la Comisión y contradice el sentido del último párrafo del artículo 37. No es claro qué quiere decir que la contraloría pueda “efectuar visitas”¹¹. Es indispensable que este término no se confunda con las visitas que puede efectuar la autoridad como parte de sus labores de investigación y obtención de información, particularmente, que no implique que puede secuestrar información de forma tal que los agentes económicos pierdan la confianza en la confidencialidad de la información que solicita y resguarda el área de investigación.

Artículo 41.

No es claro el por qué se limita en las fracciones VI y VII a cuatro años el no haber tenido trabajos en despachos de consultoría o auditoría, ni haber tenido trabajo como abogado de agentes económicos sujetos a procedimientos por la Comisión. Los tiempos de inhabilitación representan importantes barreras a la entrada para personas calificadas y van en contra de mejores prácticas internacionales.

Artículo 43.

Se considera que este artículo no debe separarse del anterior, ya que contiene el espíritu de la ley que debe mantener el contralor, en lugar de todas las otras reglas que se enumeran y que pueden considerarse barreras a la entrada.

Artículo 44.

El art. 28 CPEUM establece la facultad exclusiva de la Cámara de Diputados para designar al Contralor, pero no establece la posibilidad de llevar a cabo la remoción. Se considera que una Ley reglamentaria no puede atribuir facultades exclusivas que no tienen un sustento directo en la Norma Fundamental. Se considera que debe preverse, como ya se dijo anteriormente, el derecho a un recurso tratándose de la resolución de Comité de Evaluación, las remociones de Comisionados y de Auditor, particularmente frente a un catálogo de supuestos de remoción tan rígido. No se establece quién puede presentar una queja en contra del titular de la contraloría. Debe señalarse no sólo quién la va a evaluar, sino quién la va a recibir.

Artículo 47.

En materia de presupuesto, el techo global podría representar un problema para la autonomía de la Comisión. No hay espacio aquí para que dicho órgano se haga de presupuesto propio distinto del que le otorga la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y aprueba el Congreso. Como en el caso de otros reguladores verticales que reciben una partida de sus regulados, sería deseable que una porción del presupuesto de la Comisión proviniera de fondos autogenerados.

Artículo 53.

Se sugiere revisar cuál es el efecto de declarar nulas de pleno derecho las prácticas monopólicas absolutas ya que esto genera problemas sobre todo cuando se trata de hechos consumados e irreparables. La redacción vigente, de hecho, es más clara y precisa. El intercambio de información debería estar sujeto a un análisis de razonabilidad y no investigarse con un

estándar per se, que es el que utilizan la prácticas monopólicas absolutas. El intercambio de información puede—en muchas ocasiones—ser positivo para la competencia. Esto además va en contra de las mejores prácticas internacionales. (Ver documentos de la OCDE donde tipifica “hard core cartels” como lo hace la iniciativa en las primeras cuatro fracciones, sin incluir la quinta. Asimismo, véase el documento de referencia del CRCAL de Rosa María Abrantes-Metz sobre cómo deben evaluarse los intercambios de información entre competidores ya que en ningún momento se analiza este intercambio como una conducta ilícita per se).

Artículo 54.

En general, la regulación de las prácticas monopólicas relativas en la ley vigente es adecuada. La nueva redacción propuesta introduce elementos adicionales que no parecen estar justificados y abre necesariamente un espacio de aplicación e interpretación que será sujeto a numerosos litigios. En su caso, convendría tener una muy amplia justificación en la Exposición de Motivos de la racionalidad y propósito de los cambios frente al texto vigente que oriente la aplicación de la Ley.

Artículo 55.

El lenguaje es confuso: no es suficiente que el agente económico demuestre ganancias en eficiencia para que no haya sanción (lo cual pareciera ser el primer estándar de prueba). Estas ganancias en eficiencia deben ser suficientemente grandes para contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos que causen (este debiera ser el único estándar de prueba).

Por otra parte, se traslada el estándar de la prueba completamente al agente económico y no parece haber espacio para que la Comisión misma pueda determinar si hay estas ganancias de forma tal que pueda cerrar una investigación en donde no haya daño. Esto resultará costoso en el uso de recursos tanto para el regulador como para los regulados.

Artículo 56.

Cabe notar que la negativa de trato (fracción V) ya tipifica la negativa de trato que involucra a un insumo esencial como PRÁCTICAS MONOPÓLICAS RELATIVAS. (Ver Ali A. Massadeh, "The Essential Facilities Doctrine Under Scrutiny: EU and US Perspective," en <http://ssrn.com/abstract=1738326>). Al incluir otra práctica monopólica relativa que incluye el análisis de un insumo esencial (fracción XII), se cae en el riesgo de juzgar dos veces una misma conducta. Más aún, el permitir transacciones con bienes y servicios caracterizados como insumos esenciales es parte de un análisis estructural y no uno conductual. Por lo tanto, no pertenece al catálogo de práctica monopólica relativa sino a una regulación de naturaleza ex ante que tendría que aplicar la Comisión por sí misma o en coordinación con otros reguladores (generalmente los insumos esenciales y la falta de acceso a éstos ocurre en el contexto de sectores regulados).

Otro problema podría presentarse en la fracción XIII en donde se está circunscribiendo el problema de estrechamiento de márgenes a que el bien transado sea un insumo esencial. Lo ideal sería que quedara el término abierto en las mismas condiciones que en la fracción V sobre denegación de trato. El que la conducta ocurra respecto de un insumo esencial es simplemente un agravante para la determinación de daño pero no debiera ser una condición necesaria para que se dé la conducta ilícita de exclusión. Por otra parte, el estrechamiento de márgenes como está escrito en ley sólo es ilegal si ocurre en la última etapa de la cadena productiva, es decir, con el "consumidor final", y no en otras etapas de la cadena vertical que también pudieran dañarse con este comportamiento (cualquier consumidor de bienes o servicios, incluyendo al consumidor final).

Artículo 57.

Este articulado resulta muy amplio. Se sugiere que se acote y especifique. En este artículo debería preverse el procedimiento para resolver problemas de acceso a insumos esenciales (Ver <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/>

attachment_data/file/212287/CMA3con_-_Markets.pdf El objetivo de estas investigaciones es evaluar mercados en donde existen problemas de competencia y requerir acciones que remedien (nótese que no habla de sanciones dado que los problemas son estructurales - esta es la naturaleza distinta de las acciones en este rubro vs. las prácticas monopólicas). La ley inclusive pudiera decir que este procedimiento no puede comenzar sin antes haber elaborado lineamientos para dar certidumbre jurídica a los particulares.

Sería importante entonces aclarar cuál es el estándar para determinar la adversidad de la estructura de mercado investigada (por ejemplo, en el reino Unido, las acciones de remedio solamente pueden imponerse cuando ha habido un reporte "adverso" □ Los estándares de análisis en la autoridad de competencia del Reino Unido, en torno a investigaciones de mercado, es que haya evidencia razonable de que las características o combinación de características del mercado prevengan, restrinjan o distorsionen la competencia. Más aún, las investigaciones pueden ser acotadas (a una sola referencia) o pueden ser completas (full references) lo cual implica que se incide sobre el interés público.

Artículo 58.

Las remisiones a Reglamento y criterios técnicos, tratándose de mercado relevante, poder sustancial, insumo esencial generan dudas de constitucionalidad.

Artículo 60.

La viabilidad de reproducción tiene que ver con la temporalidad para reproducir el bien o servicio, la dimensión temporal en la que el bien sea reproducido sería importante de mencionar. La palabra "indispensable" debería cambiarse toda vez que el estándar puede estar sujeto a litigios. No hay ningún estándar a favor de quien detenta el insumo esencial. En la doctrina estadounidense, por ejemplo, uno de los elementos de prueba es la factibilidad de proveer el insumo a otros (lo cual recalca la libertad de transar entre agentes económicos).

Artículo 64.

Se sugiere aclarar en el último inciso de este artículo que se considerarán, además de efectos unilaterales, efectos coordinados en el análisis de concentraciones (ello con el objetivo de evitar situaciones como las del caso Cinemex-Cinemark).

Artículo 66.

Se establece un régimen de excepción que podría, además de alterar el equilibrio que debe existir entre los poderes de la unión y los órganos constitucionales autónomos, problemas de constitucionalidad. Este es el caso de las solicitudes de investigación que presente el Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría de Economía, y la Procuraduría Federal del Consumidor, las cuales, según la iniciativa, tendrían “imperativamente” un carácter preferente y estarían exentas de reunir los requisitos necesarios para presentar una denuncia. Además, resulta necesario aclarar cómo compatibilizar esta exención de presentar los requisitos de la denuncia con la existencia de la causa objetiva para iniciar la investigación.

Artículo 73.

El plazo de diez días se estima que es muy breve, por lo que se sugiere considerar regresar a los veinte días que actualmente se prevén.

Artículo 75.

La práctica de visitas de verificación es uno de los asuntos más sensibles para las empresas y ha generado numerosos litigios. El tema se encuentra relativamente estable en términos de la jurisprudencia. El nuevo texto introduce diversos cambios. Conviene ponderar si existe evidencia que los justifique en términos operativos. Ello con el objetivo de evitar problemas litigiosos en los procedimientos que produzcan efectos indeseables en la operación de la autoridad investigadora. Se sugiere revisar la redacción de las fracciones pues da lugar a imprecisiones.

Artículo 77.

Resulta cuestionable constitucionalmente que la autoridad investigadora pueda denunciar hechos antes de que el Pleno de la Comisión se haya pronunciado sobre el asunto.

Artículo 78.

La posibilidad prevista en la iniciativa de que el Pleno ordene el inicio del procedimiento seguido en forma de juicio, aun cuando la Autoridad Investigadora hubiese decretado el cierre del expediente, presenta problemas tanto por lo que hace a los derechos de los probables responsables como por el papel que desempeña la propia Autoridad Investigadora como parte del procedimiento. En este supuesto, la Autoridad Investigadora tendría incentivos para defender su posición inicial en el sentido de que no existen elementos objetivos que justifiquen la continuidad del procedimiento, fungiendo así más que como parte contraria en el procedimiento, como coadyuvante del probable responsable. El hecho de que la resolución del instructor pueda no ser tomada en consideración por decisión del pleno, rompería el principio de absoluta separación.

Artículo 81.

El hecho de que la autoridad sea parte del procedimiento obliga a establecer reglas de contacto equivalentes a la de los agentes económicos respecto de los Comisionados y de los propios agentes investigados.

Artículo 83.

No queda claro cuál es el papel del órgano encargado de la instrucción previsto en las definiciones. Tampoco se precisa cómo se formula el proyecto de decisión y cómo intervienen los Comisionados.

Artículo 86.

Separación de procedimiento de investigación y resolución. No queda definido el órgano de instrucción y se deja al "estatuto orgánico" a decisión de CFCE, posible

inconstitucionalidad por ese mandato al legislador (Título III). Se hace notar que esta etapa no tendría un significado preciso a la luz de la interpretación judicial.

Artículo 90.

La afirmativa ficta desconoce la naturaleza de orden público del procedimiento y obvia las estrategias de los agentes económicos para no verse notificados.

Artículo 94.

Se sugiere valorar la necesidad de un procedimiento especial por cada medida de regulación (DPS podría ser utilizado).

Artículo 95.

Es delicado que se establezca la necesidad de los órganos autónomos de acudir al Ejecutivo Federal para que éste, si así lo considera conveniente, pueda promover una controversia constitucional (Caso Dish). El art. 105 constitucional otorga expresamente legitimación activa a los autónomos para promover controversias constitucionales contra actos o normas generales del Congreso de la Unión. El procedimiento propuesto subordina a la decisión discrecional del Consejero Jurídico y del Ejecutivo, la activación de la impugnación de conductas prohibidas constitucionalmente. La propuesta no modifica el estado de cosas, que ha sido ineficaz para enfrentar el problema, pues depende de valoraciones políticas. Si bien la reciente reforma constitucional al Artículo 105 constitucional restringe la legitimación activa de la Comisión para iniciar controversias constitucionales a los supuestos de actos de otros organismos constitucionales autónomos, del Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión por actos o disposiciones generales, las posibles alternativas no se restringen a la propuesta.

La infracción al artículo 117 constitucional no configura en estricto sentido una litis propia de una controversia constitucional, es decir, una invasión a las facultades de otros órdenes jurídicos. La prohibición a los estados para establecer barreras al comercio no invade competencia federal ya que tampoco

corresponde a este orden imponerlas. Tal diferencia posibilita el diseño de una acción especial de control de regularidad constitucional ante la Corte cuya legitimación activa pudiera corresponder a la Comisión y estar desarrollada en la propia ley. El nuevo estado de cosas constitucional en el que la Comisión es un organismo constitucional autónomo con legitimación activa en controversias constitucionales, y que la Suprema Corte sea la competente para resolver el control de regularidad, permiten afirmar que aun en el supuesto de que se impugnara un medio de control constitucional previsto en la ley, sería examinado con una perspectiva distinta a la tenida en la Controversia Constitucional 1/2001 que declaró inconstitucional los artículos 14 y 15 de la Ley vigente.

Si bien en los demás casos frente a entidades federativas y municipios no hay una mención expresa, lo cierto es que la Corte ha reconocido, aunque con un carácter aún acotado, que el 105 es enunciativo y no limitativo (véase la resolución de la controversia constitucional 12/2007 y el recurso de reclamación 46/2010 derivado de la controversia constitucional 76/2010). Además, a pesar de que se establece que la controversia verse sobre actos previstos en el 107, fracciones IV y V, lo abre a cualquier materia al introducir que puede ser “entre otros” En cualquier caso, tendría que acotarse esta situación a supuestos concretos y, en su caso, sólo por lo que hace a controversias frente entidades y municipios.

Artículo 102.

Dentro del sistema de inmunidades (procedimiento de dispensa o reducción de importe de multas) se establece la posibilidad de que la Comisión otorgue el beneficio de dispensa o reducción del pago de multas. No obstante, se señala que esa resolución será sin perjuicio de las acciones que pudieran ejercer terceros afectados que reclamen daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil. ¿Con qué elementos podrá resolver el Tribunal Especializado la indemnización, toda vez que no habría una resolución firme de la Comisión que acredite la ilicitud del Agente Económico en términos del artículo 126? ¿Con qué carácter participaría la Comisión en caso de que el juez

determinara la estimación de los daños?

Artículo 114.

Esto ha demostrado ser poco útil. No obstante, tal vez podría justificarse si esta disposición está dirigida a la supletoriedad en materia de acciones colectivas y reparación del daño. Debe de considerar la supletoriedad de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Artículo 120.

No se cumple con supuestos de sanción penal. Se sugiere analizar, por ejemplo, la sanción por negarse a la práctica de una visita de verificación.

Artículo 126.

Se considera necesario incorporar mecanismos -como una resolución o dictamen de la Comisión- que permitan la indemnización por daños y perjuicios en caso de aplicar el beneficio de dispensa o reducción del pago de multas. La iniciativa de ley establece un procedimiento de consulta al que se someterán los proyectos de directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos. El procedimiento de consulta posibilitaría obtener, antes de la emisión de la norma, información y apreciaciones de los interesados. Sin embargo, no es un procedimiento de mejora regulatoria. Las principales diferencias son las siguientes:

- a) No es un procedimiento que abarque la totalidad de normas administrativas generales que emita la COFECE, sólo aquellas que se emitan bajo las denominaciones incluidas y que pudieran establecer cargas a los agentes económicos.
- b) No se establece la obligación de realizar una evaluación costo/beneficio de la propuesta de regulación.

c) La consulta carece de la participación de instancia u órgano diverso a la COFECE que formule observaciones o recomendaciones a la propuesta de regulación.

d) La autonomía constitucional de la COFECE tiene como uno de sus efectos el que el procedimiento de mejora regulatoria de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo deje de aplicarse. La ausencia del análisis costo/beneficio en las propuesta de regulaciones evita que se presente una justificación de la necesidad de la regulación y de que la propuesta correspondiente sea proporcional e idónea para el objetivo buscado.

Artículos transitorios.

Es necesario prever disposiciones transitorias con el objetivo de establecer un mecanismo de coordinación interinstitucional entre la COFECE y el IFT, a fin de lograr el traspaso de expedientes.