

RAFAEL VALDÉS ABASCAL  
FORO REGIONAL SOBRE COMPETENCIA ECONÓMICA  
COMISION DE ECONOMÍA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS  
MÉXICO D.F., 24 DE FEBRERO DE 2010

Muchas gracias al diputado Ildefonso Guajardo y a los miembros de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados por brindarme la oportunidad de participar en este foro.

En abril de 2006, el Congreso de la Unión aprobó una extensa reforma a la Ley Federal de Competencia Económica, que tuvo como uno de sus objetivos, quizá el más importante, fortalecer las facultades de la Comisión Federal de Competencia. Al efecto, se hicieron modificaciones de tipo sustantivo, como la inclusión de ciertas conductas que debían ser consideradas como prácticas monopólicas relativas, y otras de tipo procesal, como son la previsión de visitas de verificación en las investigaciones que realiza la autoridad y la formalización del programa de inmunidad. De manera importante, destaca la reformulación del sistema de sanciones, mediante un aumento sustancial de las multas y la incorporación de remedios estructurales al abuso de poder sustancial, previendo la facultad de la autoridad de ordenar la desincorporación de activos de los agentes económicos infractores.

A partir de esa reforma y hasta el día de hoy, diputados y senadores del Congreso de la Unión han presentado varias iniciativas para reformar nuevamente la Ley Federal de Competencia Económica. Algunas, las que parecen haber captado un mayor interés y que tienen mayor vinculación con el tema que me corresponde hablar en este foro, son aquellas en las que se insiste en dotar a la Comisión de Competencia con más facultades y endurecer las sanciones económicas que deben aplicarse a los infractores. Una iniciativa plantea, incluso, el establecimiento de sanciones penales para aquellos que incurran en las llamadas prácticas monopólicas absolutas, es decir, acuerdos entre competidores para fijar precios, reducir el abasto, dividir mercados o concertar posturas en licitaciones o subastas públicas. También el Presidente de la República ha abordado esta cuestión. En el mensaje pronunciado con motivo del envío del Paquete Económico 2010, señaló que habría de impulsar una reforma para darle nuevas facultades y herramientas a la Comisión Federal de Competencia.

Es cierto que una mayor competencia fomenta la eficiencia de las empresas, da un mayor dinamismo a la economía y reporta beneficios claros al consumidor. Es lógico, por lo tanto, que se piense que la mejor forma de lograrlo es reformando la Ley en el sentido antes apuntado. No obstante, es inconsistente aumentar de manera reiterada el poder de

una autoridad, si no se establecen al mismo tiempo los mecanismos que compensen y controlen el ejercicio de dicho poder.

Hoy en día, no existe un marco jurídico que nos permita conocer en forma sistemática e institucional cuáles son las prioridades de la Comisión. No sabemos si entre sus objetivos pesa más el fomento ante las diversas dependencias sectoriales de una regulación que favorezca la competencia, o pesa más la necesidad de investigar y sancionar las conductas anticompetitivas.

Desde que se aumentaron las multas y se le otorgaron más facultades, la Comisión no parece haber tenido mayor interés en investigar y sancionar estas prácticas. De acuerdo con los informes correspondientes a 2007 y 2008, durante ese período la Comisión de Competencia inició tan sólo 4 investigaciones de oficio. Por otra parte, de 37 denuncias por prácticas monopólicas presentadas durante 2007, tan sólo 13 se admitieron a trámite. Ninguna de esas investigaciones, tanto las iniciadas de oficio como por denuncia, concluyó en esos dos años con una sanción al probable responsable.

Ahora se vuelve a hablar de aumentar las sanciones y otorgar a la Comisión mayores facultades, pero no se sabe para qué y conforme a qué prioridades habrá de ejercerlas.

El endurecimiento del poder del estado frente a los gobernados puede generar un ambiente de incertidumbre que inhiba el curso normal de la actividad empresarial y de las transacciones comerciales, si no se acompaña de mecanismos de contrapeso que permitan lograr el adecuado control de los actos de autoridad.

En este sentido, resulta de especial importancia que las reformas que se apliquen al marco jurídico de competencia ponderen la necesidad de contar con un mínimo de normas de transparencia que rijan el actuar de la Comisión. En ningún país desarrollado la autoridad está exenta de la supervisión social, del control judicial de la legalidad de sus actos, ni de la rendición de cuentas.

De las iniciativas que se han presentado desde la reforma de 2006, dos de ellas se refieren a la importancia de fomentar la transparencia en los procesos que la Comisión lleva a cabo. Ambas iniciativas aportan elementos para avanzar en este sentido, no obstante, considero que puede y debe darse una mayor importancia y alcance a este tema.

En otros países, como España, la ley de la materia (Ley de Defensa de la Competencia) dedica un apartado específico a la transparencia y responsabilidad social de la autoridad encargada de aplicarla. En México, siendo un país que necesita avanzar hacia una mayor confianza de los gobernados hacia las autoridades, resulta de fundamental importancia la adopción de mecanismos que contribuyan a que éstas actúen bajo los más altos niveles de

objetividad e imparcialidad. La transparencia y el control de la legalidad, son indispensables para la consecución de estos objetivos.

Hoy en día el marco jurídico de competencia presenta fallas en esta materia.

Por lo que respecta la política de competencia, la Ley establece la facultad del Presidente de la Comisión de presentar al Titular del Ejecutivo Federal un informe anual sobre el desempeño de ese órgano, mismo que deberá ser publicado. Sin embargo, no establece plazo alguno para la publicación ni señala el contenido mínimo de dicho informe.

La Ley ordena que se publiquen ciertas opiniones que emita la Comisión Federal de Competencia sobre políticas y programas de la administración pública federal, así como respecto de leyes, reglamentos, decretos, disposiciones y otros actos administrativos de carácter general y de sus correspondientes iniciativas o anteproyectos. También establece que las opiniones referidas, cuando se trata de iniciativas o anteproyectos, podrán ser emitidas a petición de parte. No obstante, la Ley no prevé un procedimiento conforme al cual se pueda solicitar a la Comisión que se pronuncie sobre estas cuestiones ni que permita a los interesados aportar elementos antes de que se emita la opinión.

En cuanto a los criterios de la autoridad para la aplicación de la Ley, es importante tener en cuenta que se trata de un ordenamiento de contenido muy general, altamente técnico y especializado, que tiene amplios espacios de interpretación, lo cual puede provocar incertidumbre e inseguridad jurídica en los agentes económicos sujetos a ella. En este sentido, resulta fundamental contar con un sistema ordenado y dinámico de formación de criterios que permita cerrar esos espacios.

En el Reglamento de la Ley de marzo de 1998 se establecía que el texto de las resoluciones y los criterios de la Comisión debían publicarse periódicamente en una gaceta informativa y un extracto en el Diario Oficial de la Federación. En el Reglamento de octubre de 2007 se sustituyó esta obligación por la de publicar esa información en el sitio de Internet de la Comisión. Es entendible que los costos de cumplimiento de aquella norma eran altos y por ello se justificaba suprimir, al menos, la publicación de los extractos en el Diario Oficial. El problema es que desde que la Comisión dejó de publicar la gaceta, no existe un instrumento que permita conocer con certeza la totalidad y el contenido de las resoluciones que se han emitido en un determinado período. Es importante mencionar que hoy no están publicadas en el sitio de Internet de la Comisión varias de las resoluciones que se han adoptado desde la fecha en que se suspendió la publicación de la gaceta y hasta diciembre de 2009.

Por otro lado, la facultad de emisión de criterios generales se ejerce de manera discrecional. No existe una normatividad que señale con qué frecuencia, conforme a qué

metodología y respecto de qué cuestiones se habrá de ejercer esa facultad. Cabe señalar al respecto, que el último de los criterios generales del Pleno se emitió ya hace 4 años.

En materia de investigaciones, la Ley reconoce el derecho de cualquier persona, en el caso de prácticas monopólicas absolutas, y de los afectados, en el caso de concentraciones prohibidas, de denunciar ante la Comisión los hechos que estime violatorios de la Ley. También señala que los agentes económicos afectados podrán deducir su acción por la vía judicial para obtener una indemnización por daños y perjuicios. La mayoría de las veces, las prácticas que prohíbe la Ley de Competencia afectan los intereses de más de una persona, por lo que la Ley ordena a la Comisión se publique un extracto del acuerdo de inicio de la investigación en el Diario Oficial de la Federación para que cualquier afectado pueda coadyuvar y ser parte en el procedimiento. Ahora bien, dice la Ley que en ningún caso se revelará el nombre o denominación de los agentes económicos investigados. ¿Cómo puede un posible afectado comparecer como coadyuvante en un procedimiento si no sabe a quién se investiga? La razón de esta limitación a la transparencia se ha pretendido justificar bajo el argumento de que se puede dañar la imagen del investigado. Habría que ver por qué no ocurre lo mismo en otros países. Cuando las autoridades de competencia de Estados Unidos o de la Unión Europea abren un expediente por prácticas anticompetitivas todos saben a quién y por qué se le investiga.

Quizá el problema más grave en relación con la transparencia y el control de legalidad se da en materia de notificación de concentraciones. El marco jurídico vigente no prevé la difusión de información sino hasta después de que la Comisión ya ha aprobado una concentración. En contraste, en los países que cuentan con un marco jurídico e institucional consolidado en materia de competencia, la autoridad debe hacer público el inicio de un procedimiento de evaluación de una transacción y, más aún, la ley reconoce el derecho de defensa de los agentes económicos que pueden ser afectados por la concentración. En México se conoce la pretensión de llevar a cabo una concentración, sólo si los agentes económicos involucrados tienen a bien informarlo o si se trata de ofertas públicas que habrán de realizarse a través de la Bolsa de Valores o si se filtra información en los medios. La información oficial, es decir, la que proviene de la Comisión Federal de Competencia, se da a conocer cuando la aprobación de la concentración ya es un hecho consumado.

Así, los proveedores, clientes, competidores y consumidores de aquellos que pretenden concentrarse no tienen la posibilidad de manifestar lo que a su derecho convenga respecto de los daños que pudieran sufrir con motivo de la concentración. La transparencia en este tipo de procedimientos permitiría por un lado, que la autoridad, mediante mecanismos institucionales, se allegue de información y puntos de vista

distintos a los presentados por los agentes involucrados en la concentración, dando mayor objetividad e imparcialidad a sus resoluciones y, por otro lado, más importante aún, que se desahogue la garantía de audiencia de los posibles afectados.

Se ha dicho que dar publicidad a los procedimientos de notificación de concentraciones puede afectar las negociaciones entre los involucrados. Esto es falso, lo usual es que las transacciones se notifiquen una vez que se ha firmado el contrato, sujetándolo a la condición suspensiva consistente en que la Comisión apruebe la operación. También se ha argumentado que reconocer como parte del procedimiento a los terceros afectados por la concentración generaría complicaciones procesales que retrasarían los tiempos de cierre de la transacción en perjuicio de las empresas que se concentran, particularmente por la posibilidad de que los terceros afectados abusen del derecho de defensa e impugnen la resolución que apruebe la concentración. Es cierto que hacer públicos los procedimientos de notificación y dar garantía de audiencia a los interesados podría extender el tiempo de aprobación y que la resolución estaría sujeta a la revisión judicial. Sin embargo, el derecho de los particulares de llevar a cabo una transacción no puede estar por encima del interés público. Si una concentración se lleva a cabo después de que la Comisión la ha aprobado y posteriormente se determina que afecta el proceso de competencia, esa concentración se debe revertir, a pesar de la afectación que le cause a las empresas concentradas. Además, si la resolución de la Comisión que aprueba una concentración está debidamente fundada y motivada, las acciones frívolas que pudieran intentar ciertos agentes económicos serían infructuosas.

Más allá de estas consideraciones, no parece haber razón alguna para pensar que en otros países si es posible desahogar los procedimientos de notificación de concentraciones de manera transparente y en México no.

Cualquier reforma a la Ley de Competencia, particularmente si se pretende dar mayores facultades a la autoridad, debería también buscar subsanar los problemas apuntados e incorporar normas que atiendan otros aspectos como son: el acceso a los dictámenes del Secretario Ejecutivo, la publicidad de las sesiones del pleno y de los votos particulares de los comisionados, así como la regulación de los procesos de cabildeo de las partes ante los funcionarios de la comisión.

Todo ello fomentaría una mayor transparencia, la cual es indispensable para que las nuevas facultades de la autoridad sean ejercidas en un ambiente de certidumbre y seguridad jurídica para los gobernados.

Muchas gracias.