

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A.C.



LOS MEDIOS DE ADQUISICIÓN Y USO DE INFORMACIÓN
DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA Y
SUS PROCEDIMIENTOS

T E S I N A

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

BERNARDO SERRANO GONZÁLEZ

DIRECTOR DE LA TESINA: DR. SERGIO LÓPEZ AYLLÓN

MÉXICO, D.F. JUNIO 2011

A mis padres, por hacer esto posible.

*A mis abuelos, porque con su ejemplo me han dejado un legado
de disciplina y conocimiento.*

AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer a mi universidad, por aceptarme, formarme y darme tantas oportunidades.

A cada uno de mis profesores y compañeros por formar parte de esa experiencia.

Al Dr. Sergio López Ayllón y a Juanita por todo su apoyo en la elaboración de esta tesina.

A la Dra. Elisa Mariscal Medina por fomentar mi interés en la competencia económica.

A mis compañeros de trabajo por todos los conocimientos que compartieron conmigo.

Y a mi familia y amigos por estar ahí cuando los necesité.

¡Gracias a todos!

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo I. Las bases de la competencia económica en México	4
<i>I.1 El contexto</i>	4
<i>I.2 El sistema de competencia económica</i>	5
<u>I.2.a. Constitución Política</u>	5
<u>I.2.b Ley Federal de Competencia Económica</u>	6
<u>I.2.c Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica</u>	12
Capítulo II. Problemas sustantivos de los medios de adquisición y uso de información de la Comisión Federal de Competencia	14
<i>II.1 Medios de adquisición</i>	14
<u>II.1.a La resistencia de los agentes y la divergencia institucional</u>	16
<u>II.1.b El desequilibrio de acreditación</u>	20
<i>II.2 Medios de uso</i>	23
<u>II.2.a Carencias orgánicas</u>	23
<u>II.2.b Uso preventivo</u>	25
<i>II.3 Confidencialidad</i>	26
Capítulo III. Problemas adjetivos de los medios de adquisición y uso de información de la Comisión Federal de Competencia	29
<u>III. a. La viabilidad de los plazos</u>	29

<u>III. b. La Caducidad</u>	32
<u>III. c. La ejecución de las medidas de apremio</u>	34
Capítulo IV. Propuestas de Solución	38
<u>IV. a. El problema del desequilibrio de acreditación</u>	38
<u>IV. b. El problema de la resistencia de los agentes</u>	39
<u>IV. c. El problema de la divergencia institucional</u>	40
<u>IV. d. El problema de las carencias orgánicas</u>	41
<u>IV. e. El problema de las medidas preventivas</u>	43
<u>IV. f. El problema de la confidencialidad.</u>	44
<u>IV. g. El plazo del artículo 30 del Reglamento</u>	45
<u>IV. h. El plazo del art. 34 bis de la Ley</u>	45
<u>IV. i. El problema de la caducidad</u>	46
<u>IV. j. El problema de la ejecución de las medidas de apremio</u>	47
Conclusiones	48
Bibliografía	50
Leyes, reglamentos y lineamientos	51

Introducción

La competencia económica¹ es un área que ha adquirido reconocimiento global y se ha extendido a países con diferentes sistemas jurídicos, económicos, sociales y culturales debido a todos los beneficios que puede generar. A corto plazo, la competencia genera un mercado en equilibrio, al coordinar la oferta y la demanda, con lo que se da un valor exacto a los bienes en relación con su escasez o disponibilidad, y los productores y consumidores terminan controlándose mutuamente, por lo que se restringe su poder económico. A largo plazo, la competencia genera innovación en productos y procesos productivos gracias a que los agentes económicos se mantienen en constante adaptación. Esta innovación es fundamental para lograr cambios tecnológicos y modernización. A nivel social, la competencia es generadora de oportunidades para todos aquellos que participan en los mercados, los oferentes tiene mayores posibilidades para decidir en qué forma les conviene utilizar sus recursos, los consumidores reciben más opciones para elegir, y la población en general obtiene mejores oportunidades de trabajo. A nivel institucional, la competencia puede reducir la corrupción, promover la competitividad y generar crecimiento económico.

Por todas estas razones los Estados le han dado mayor atención a la competencia económica, pero ésta difícilmente se genera o se mantiene por si sola, ya que hay muchos factores que pueden afectarla, como los monopolios, las restricciones de mercado y los abusos de dominancia; por eso no sólo es primordial reconocer su valor sino que se vuelve necesario intervenir para regularla.

¹ En esta tesina se entenderá el concepto de competencia económica como el proceso mediante el cual las fuerzas de mercado operan libremente para asegurar que los recursos escasos de la sociedad se utilicen de la manera más eficiente, maximizando el bienestar económico total. Este concepto fue presentado por William. J. Kolasky (Deputy Assistant, Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice), en el “Seminar on Convergence” realizado en Holanda el veintiocho de octubre del año dos mil dos.

En México el interés general de regular la competencia se vio reflejado en el artículo 28 de nuestra Constitución, el cual a su vez dio lugar a normas más especializadas y a la creación de la Comisión Federal de Competencia (CFC o Comisión), que actúa en el marco de sus facultades y a través de diversos instrumentos legales y administrativos con el objetivo de regular esta área.

Sin embargo, como cualquier institución, la Comisión se ha desarrollado y adaptado constantemente para poder resolver los problemas que han surgido durante la aplicación del sistema de competencia nacional, pero muchos de estos problemas no se han podido solucionar debido a obstáculos legales, institucionales y funcionales, lo cual ha afectado considerablemente a la competencia económica de nuestro país.

El objeto de este trabajo es analizar los medios de adquisición y uso de información de la Comisión Federal de Competencia y sus procedimientos, ya que en la operación de la CFC la información es un elemento central para lograr un desempeño óptimo. En el ámbito de la competencia intervienen múltiples factores jurídicos y económicos que deben analizarse caso por caso. No se puede realizar una buena investigación si no se obtiene la información adecuada, ni se puede entrar en contacto con los agentes sin el uso de la información necesaria. Como la información es un elemento fundamental, los medios concretos para adquirirla y utilizarla, así como sus procedimientos, también lo son, por lo que su análisis puede generar beneficios para la Comisión y, a su vez, para todo el ámbito de la competencia.

La hipótesis que se pretenderá demostrar es que la Comisión Federal de Competencia, como la principal institución reguladora de la competencia económica en México, enfrenta en la actualidad varios problemas orgánicos, legales y funcionales, que han dado lugar a fuertes limitaciones respecto a sus medios para adquirir y utilizar

información, así como a diversos conflictos relativos a sus procedimientos, los cuales requieren de una pronta solución por ser elementos centrales para su desempeño.

Esta tesina se basará en el análisis de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE o Ley), del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica (RLFCE o Reglamento), de los criterios jurisprudenciales y tesis de la materia, de la doctrina nacional e internacional en competencia económica y, principalmente, en los conocimientos y experiencias prácticas adquiridas durante mi trabajo en la Comisión. Es importante mencionar que durante la realización de esta tesina fueron publicadas nuevas reformas a la Ley en el Diario Oficial de la Federación (DOF), el doce de mayo de dos mil once, por lo que se realizaron las adecuaciones necesarias para incorporar los últimos cambios. Sin embargo, las reformas al nuevo Reglamento de la Ley, que adecuarán sus disposiciones al nuevo marco legal, aún no concluyen, por lo que en materia reglamentaria se seguirá el reglamento vigente publicado en el DOF el doce de octubre del dos mil siete.

Para comenzar esta tesina, se estudiará el contexto y el sistema actual de competencia en nuestro país, con un enfoque en las partes específicas relacionadas con el objeto y la hipótesis antes mencionadas; posteriormente se analizarán las limitaciones sustantivas de los medios de adquisición y uso de información; después se hará un análisis similar pero para la parte procedimental y finalmente se considerarán posibles soluciones a través de un conjunto de propuestas que considero pueden coadyuvar a un mejor desempeño de la Comisión.

Capítulo I. Las bases de la competencia económica en México

1.1 El contexto.

La competencia económica surgió como un objeto de conocimiento en los Estados Unidos, a partir de la creación del “Sherman Act” en 1890. En México se incorporó una disposición antimonopolios desde la Constitución de 1857, la cual se ha mantenido hasta nuestros días con diversas reformas, pero realmente no hubo un desarrollo legal o doctrinal de esta disposición constitucional que permitiera el surgimiento anticipado de la disciplina. No fue sino hasta 1992, con la expedición de la Ley Federal de Competencia Económica, cuando se comenzó a dar una mayor atención a la competencia económica en nuestro país.

La LFCE era un elemento fundamental, pero necesitaba un complemento institucional para asegurar la creación y aplicación de una verdadera política de competencia, debido a esto, con su entrada en vigor, también se creó la Comisión Federal de Competencia, la cual inició operaciones en 1993, como un órgano administrativo desconcentrado con autonomía técnica y operativa, bajo el objetivo de proteger el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

El hecho de que la disciplina fuera tan reciente, la complejidad que representaba al mezclar elementos económicos y jurídicos, así como la realidad de un desconocimiento general sobre competencia en nuestro país provocaron muchos problemas para la Comisión en sus inicios, pero poco a poco la CFC fue imponiendo sus políticas para obtener mayor legitimidad y autonomía. Actualmente, la Comisión opera básicamente en las siguientes

áreas: monopolios, concentraciones, prácticas monopólicas absolutas, prácticas monopólicas relativas, sectores regulados, privatizaciones y licitaciones.²

1.2 El sistema de competencia económica

En esta sección realizaré un análisis general de la regulación sobre competencia económica, como un punto de partida que permita un entendimiento básico de la lógica que existe detrás de ella y de su desempeño en relación con la hipótesis antes mencionada. Por cuestiones prácticas no incluiré el texto completo de cada artículo al que haga mención, ya que éste puede ser consultado fácilmente y en este apartado lo más importante es entender su contribución al funcionamiento del sistema actual de competencia en vista de la hipótesis que se pretende comprobar.

I.2.a. Constitución Política

Partiendo de un enfoque jerárquico, el primer precepto normativo que debe ser mencionado es el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (CPEUM o Constitución), al ser el fundamento constitucional de la regulación en materia de competencia, ya que prohíbe los monopolios, las prácticas monopólicas y los estancos; establece el objetivo de proteger la libre competencia y la competencia; y hace mención de las excepciones sobre monopolios, como las áreas estratégicas, las asociaciones de trabajadores o cooperativas de productores y la propiedad intelectual. Este artículo es fundamental ya que de él derivan, y a su interpretación se sujetan, los preceptos secundarios

² Los artículos 9°, 10° y 16° de la LFCE definen específicamente la segunda, tercera y cuarta de las áreas mencionadas.

que buscan regular de forma más detallada la competencia económica en México, como la LFCE y su reglamento.

I.2.b Ley Federal de Competencia Económica

En cuanto a la Ley Federal de Competencia Económica, sus artículos 2° y 8° desarrollan el objetivo mencionado anteriormente, el 2° establece de forma expresa que la “ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia” y el 8° menciona que “quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las prácticas que, en los términos de esta ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios”. Ha sido común la creencia de que la regulación busca proteger a los competidores o incluso a los consumidores, pero esta es una idea errónea, ya que puede haber agentes no eficientes en un mercado, y los consumidores ya tienen protección por medio de otras regulaciones específicas. El verdadero objeto de protección de la regulación en competencia es el proceso de competencia en sí mismo, ya que éste es el que terminará generando beneficios para los agentes eficientes, para los consumidores y para la economía en general.³

El artículo 23 establece las características y la función general de la CFC de la siguiente forma: “La Comisión Federal de Competencia es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, contará con autonomía técnica y operativa y tendrá a su cargo prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, en los términos de esta ley, y gozará de autonomía para dictar sus resoluciones”. Como la competencia económica es un área en la

³ Para un mejor entendimiento de esta teoría de protección a la competencia, se puede consultar el artículo: *Competition on the Merits*, Background Note, de Junio de 2005, por Jordi Gual, Martin Hellwig, Anne Perrot, Michele Polo, Patrick Rey (Coordinator), Klaus Schmidt y Rune Stenbacka.

que intervienen diversos intereses económicos y políticos, la autonomía de la Comisión, respecto a los agentes económicos, los consumidores, u otras instituciones de gobierno, es un elemento fundamental para su adecuado desempeño. En cuanto a sus atribuciones específicas, éstas se desarrollan en el artículo 24 de la Ley, pero para efectos prácticos se pueden clasificar en facultades de investigación, comprobación, combate, prevención, resolución, sanción, opinión y promoción. Con las últimas reformas a la Ley, publicadas el diez de mayo de dos mil once en el DOF, se ampliaron las facultades de de la Comisión para ordenar la suspensión de actos, emitir opiniones sobre prácticas comerciales, actuar como órgano consultivo respecto a la defensa de la competencia y publicar lineamientos, criterios técnicos y evaluaciones de resultados, con la posibilidad de requerir información para su elaboración.

En relación con la hipótesis a desarrollar, la fracción I del artículo 24 establece la facultad para requerir documentos e información. Por su parte, la fracción II de este mismo artículo establece la facultad para realizar las visitas de verificación, sin embargo, es importante señalar que con las reformas antes mencionadas, también se incluyó de forma expresa la posibilidad de “solicitar el apoyo de la fuerza pública o de otras autoridades federales, estatales o municipales para el eficaz desempeño de las atribuciones a que se refiere esta fracción”.

Los procedimientos para realizar sus atribuciones se desarrollan en el capítulo V de la Ley, los cuales de forma amplia inician con una investigación de oficio o a petición de parte y en el caso de esta última, podrá haber un desechamiento cuando la denuncia sea notoriamente improcedente. En esta etapa es muy importante el elemento de publicidad para generar transparencia y abrir la posibilidad de que otras personas o agentes puedan colaborar en el proceso, por lo que se dicta un acuerdo de inicio de investigación y su

extracto es publicado en el Diario Oficial de la Federación o difundido por otros medios de comunicación.

El periodo para la investigación no puede ser inferior a 30 ni exceder de 120 días, pero sí puede ser ampliado en cuatro ocasiones por plazos de hasta 120 días bajo una debida justificación. La interpretación judicial sobre esta etapa ha establecido que en ella no se configura un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, ya que no se atribuye una culpabilidad o responsabilidad directa a ningún agente y por lo tanto no se le genera ningún tipo de afectación, sino que simplemente se investiga la probabilidad de que esa responsabilidad exista. Este punto se desarrollará de forma más precisa en los siguientes capítulos, pero es importante tener esta primera noción para comprender las siguientes fases del proceso.

Dentro de esta etapa de investigación, el artículo 31 de la LFCE enlista los medios específicos que tiene la Comisión para adquirir información bajo su acción, los cuales son los requerimientos de información o documentos, las comparecencias y las visitas de verificación. Este artículo es fundamental, porque establece de forma limitativa los únicos medios disponibles. El reglamento y supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles sólo pueden desarrollar las bases de su implementación y no otorgar nuevos medios por las mismas características legales que presentan. Con las últimas reformas a la Ley, se hicieron varios cambios a las visitas de verificación: se eliminó la necesidad de que éstas fueran sólo respecto de datos y documentos previamente requeridos; su realización quedó sujeta a la autorización del Pleno, previa solicitud del Secretario Ejecutivo; su duración no puede exceder de 2 meses, prorrogables por un periodo igual; se impusieron más obligaciones de cooperación a los visitados; y se incluyó la posibilidad de solicitar el auxilio de la fuerza pública y de asegurar medios de evidencia. Además se incluyó el

siguiente párrafo al artículo 31: “Las dependencias y entidades tendrán un plazo de veinte días para remitir los informes y documentos que les requiera la Comisión. A petición de aquéllas, dicho plazo podrá ampliarse, por una sola ocasión hasta por un plazo igual, si así lo amerita la complejidad o volumen de la información requerida”.

Por otro lado, el artículo 34 bis 2 es la parte complementaria del artículo anterior, ya que éste define como una obligación específica la cooperación con la Comisión para toda persona que tenga conocimiento o relación con lo investigado. Es relevante comentar que la información que obtiene la Comisión esta sujeta a una clasificación debido a la importancia que puede tener para la misma institución y para los agentes que intervienen en el mercado, esta clasificación se desarrolla en el artículo 31 bis, pero en general es de tres tipos: reservada, confidencial o pública.

Conforme al artículo 33 de la Ley, una vez que concluye la investigación se puede decretar su cierre, al no haber elementos que permitan presumir la probable responsabilidad o, en su defecto, emitir un oficio de probable responsabilidad con lo que se da inicio a un procedimiento administrativo en forma de juicio. Posteriormente, el probable responsable tendrá 30 días para hacer sus manifestaciones, a lo que seguirán la admisión y el desahogo de pruebas, la formulación de alegatos, la integración del expediente y la resolución de la Comisión, esta última en un plazo que no exceda de 40 días. Con las últimas reformas a la Ley, se agregó la posibilidad de que el probable responsable o el denunciante soliciten a la Comisión una audiencia oral para realizar aclaraciones dentro de los diez días siguientes a la fecha en que se integró el expediente.

Los artículos 33 bis 2 y 33 bis 3, establecen dos medidas alternativas que los agentes pueden tomar de forma voluntaria antes de que exista una resolución definitiva en la que se determine la existencia de un acto anticompetitivo de su parte, para obtener

ciertos beneficios como las reducción de su sanción. Este tipo de medidas han ido adquiriendo popularidad a nivel internacional, principalmente en Estados Unidos y Europa, y su lógica es precisamente obtener un resultado favorable para la competencia en un periodo más corto, bajo la cooperación de los agentes y reduciendo la carga de trabajo de las instituciones reguladoras.

El artículo 33 bis 4, prevé la posibilidad de realizar consultas sobre competencia a la Comisión, lo cual genera otra perspectiva del uso de información en la materia, ya que la CFC no es únicamente un órgano que requiere información, sino que también puede otorgarla y ésta puede servir para prevenir practicas o ajustar conductas sin la necesidad de llegar a una investigación o a una sanción.

El artículo 34 define de forma limitativa a los apercibimientos y a las multas como las únicas medidas de apremio con las que cuenta la Comisión, con un grado máximo de 1,500 veces el salario mínimo vigente en el DF para las segundas, lo cual es muy importante en el mismo sentido que el artículo 31 antes mencionado, ya que estas medidas reflejan la verdadera posibilidad de coerción que tiene la CFC para imponer sus decisiones y determinan la posibilidad real de obtener información ante la omisión u oposición de los agentes económicos.

El artículo 34 bis es trascendente ya que hace tres precisiones básicas. La primera es que “cuando los plazos fijados por esta Ley y su Reglamento sean en días, éstos se entenderán como hábiles. Respecto de los establecidos en meses o años, el cómputo se hará de fecha a fecha, considerando incluso los días inhábiles”. La segunda es que “cuando no se especifique plazo, se entenderán cinco días para cualquier actuación”, lo cual impone un plazo base de acción para la Comisión. Y por último establece que “en lo no previsto por

esta Ley o su Reglamento, se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles”.

El artículo 34 bis 2, ya antes mencionado, también contiene el principio de la acción conforme a la mejor información disponible, en el sentido de que si existe una oposición de los agentes a cooperar, la Comisión resolverá con base en los hechos y la información que efectivamente haya podido adquirir, lo cual puede ser negativo para los agentes y les genera incentivos de cooperación, además de que impide que la Comisión se vea paralizada en sus diversos procedimientos.

El artículo 34 bis 3 establece de forma muy precisa un plazo de caducidad: “Las facultades de la Comisión para iniciar las investigaciones que pudieran derivar en responsabilidad e imposición de sanciones, de conformidad con esta Ley, se extinguen en el plazo de cinco años contado a partir de que se realizó la conducta prohibida por esta Ley”, lo cual otorga seguridad jurídica a los agentes.

En cuanto a las sanciones, el artículo 35 establece la posibilidad de ordenar la corrección y suspensión de prácticas, decretar desconcentraciones, e imponer multas de diversos grados con relación a la gravedad de los actos y la reincidencia. Este artículo también establece lo siguiente: “Los ingresos que se obtengan de las multas por infracciones a lo dispuesto en esta Ley, se destinarán a los programas de apoyo para la micro, pequeña y mediana empresa. En ningún caso la Comisión administrará ni dispondrá de los fondos a que se refiere el párrafo anterior” Esta parte se incluyó para evitar los incentivos perversos que se podrían generar si la Comisión obtuviera beneficios directos por las multas que impone. Por último, es importante saber que con las reformas a la Ley, publicadas el 10-05-2011 en el DOF, aumentaron las multas y su nueva determinación se hizo respecto a un porcentaje de los ingresos del agente

I.2.c Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica

En cuanto al Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica (RLFCE o reglamento), el artículo 2º establece que “las resoluciones, opiniones, lineamientos, guías y criterios técnicos de la Comisión, salvo por la información confidencial, deben ser publicados en el sitio de Internet de la Comisión y pueden ser difundidos y compilados en cualquier otro medio”. Este artículo establece una base esencial de transparencia y difusión de información.

Respecto a la etapa de investigación, el artículo 28 menciona que “la emisión del acuerdo de inicio no prejuzga sobre la responsabilidad de agente económico alguno”, lo cual respalda los criterios antes señalados. En cuanto a los plazos de esta etapa, el artículo 30 especifica que dentro de los quince días siguientes a aquél en que se reciba la denuncia por la oficialía de partes, se deberá dictar un acuerdo para iniciar la investigación, desecharla, o prevenir al denunciante; además de esto se hace la aclaración de que “si no se emite acuerdo alguno dentro de los plazos antes señalados se tendrá por iniciada la investigación correspondiente”. Como se puede ver, con este artículo se busca dar una respuesta rápida ante las denuncias y se establece un dispositivo que impulsa automáticamente la acción de la Comisión.

Los artículos 34 y 60, refuerzan esa obligación de impulsar constantemente la investigación y los demás procedimientos de la Comisión al establecer la obligación para la CFC de cuidar que la investigación no se suspenda ni interrumpa, así como de regularizar el procedimiento cuando sea necesario.

En cuanto a los medios específicos para adquirir información, detallados en el artículo 31 de la Ley, el Reglamento establece los requisitos de los requerimientos de información en su artículo 35. Las características y requisitos de las comparecencias se

detallan en los artículos 36 a 38 y los de las visitas de verificación en el 39 y 40. Sobre estas últimas, es muy probable que cambie su regulación en el Reglamento debido a las últimas reformas de Ley.

El siguiente plazo fundamental que se impone a la Comisión en el Reglamento es el del artículo 41. Este plazo de 60 días, desde el acuerdo de conclusión de investigación, es para que se emita el Oficio de Probable Responsabilidad (OPR), o en su defecto se cierre el expediente

Por otro lado, el artículo 62 del Reglamento, refuerza el principio de la acción conforme a la mejor información disponible, bajo las mismas bases del artículo 34 bis dos de la Ley. Y por último, el artículo 64 refuerza la ejecución de las sanciones previstas en Ley con medidas como el auxilio de las autoridades administrativas federales.

Como puede verse la CFC es una institución con atribuciones específicas delimitadas por la regulación ya analizada, este capítulo sólo pretende otorgar un contexto histórico y un entendimiento básico de la competencia económica en México, a través de sus políticas, sus instituciones y su regulación, ya que este entendimiento permitirá realizar un análisis crítico bien fundamentado para identificar los problemas del sistema actual; sería arriesgado asegurar que hay limitaciones y proponer soluciones sin conocer las bases de la competencia en nuestro país.

Capítulo II. Problemas sustantivos de los medios de adquisición y uso de información de la Comisión Federal de Competencia.

El sistema actual de competencia tiene una base sólida de regulación, pero como en cualquier sistema, es necesaria una adaptación constante con base en el entorno y en las necesidades que van surgiendo de la misma institución que lo implementa, por lo anterior en este capítulo estudiaré algunos problemas sustantivos del sistema actual de competencia bajo el siguiente esquema: Primero analizaré los problemas de los medios de adquisición de información, luego pasaré a los problemas de los medios de uso de información y finalmente trataré en una sección aparte la cuestión de la confidencialidad.

II.1 Medios de adquisición

Para iniciar esta sección se definirán los medios que tiene la Comisión para adquirir información y su alcance. Conforme al artículo 31 de la LFCE esos medios son los siguientes:

1. Requerimientos de información para obtener los informes y documentos relevantes.
2. Comparecencias para que declaren aquellos que tengan relación con los hechos que se trate.
3. Visitas de verificación en el domicilio del investigado en donde se presume que existen elementos necesarios para la investigación.

El artículo 34 del RLFC menciona: “La Comisión debe practicar y ordenar la realización de los actos que estime conducentes para determinar o esclarecer los hechos materia de la investigación” y su artículo 61 establece: “La Comisión puede allegarse antes de emitir resolución que ponga fin al procedimiento correspondiente de los medios de convicción

que considere necesarios para conocer la verdad sobre los hechos materia del procedimiento de que se trate, siempre y cuando los medios de prueba estén reconocidos por la ley y tengan relación inmediata con los hechos materia del procedimiento; no regirán para ella las limitaciones y prohibiciones en materia de prueba establecidas en relación con los agentes económicos”.

Una lectura aislada del artículo 34 del reglamento parece ampliar las facultades para adquirir información sin establecer una forma específica, pero el artículo 61 impone el límite del reconocimiento en ley, el cual hace sentido, ya que si el reglamento estableciera mayores facultades probatorias que la ley se podría caer en un problema de inconstitucionalidad; por otro lado el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) puede aplicar supletoriamente, pero con base en criterios judiciales,⁴ la supletoriedad de las normas de un ordenamiento en otro sólo opera cuando el ordenamiento a ser suplido contempla la institución respecto de la cual se pretenda la aplicación supletoria de otro cuerpo normativo y cuando esa institución comprendida en el primer ordenamiento no tenga reglamentación, o bien, conteniéndola, sea deficiente, por lo que a través de esta aplicación supletoria no se podrían reconocer nuevos medios de prueba específicos, sino

⁴ -SUPLETORIEDAD DE LAS NORMAS. CUANDO OPERA.

La supletoriedad de las normas opera cuando, existiendo una figura jurídica en un ordenamiento legal, ésta no se encuentra regulada en forma clara y precisa, sino que es necesario acudir a otro cuerpo de leyes para determinar sus particularidades.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

-SUPLETORIEDAD DE LA LEY. REQUISITOS PARA QUE OPERE.

Los requisitos necesarios para que exista la supletoriedad de unas normas respecto de otras, son: a) que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente, y señale el estatuto supletorio; b) que el ordenamiento objeto de supletoriedad prevea la institución jurídica de que se trate; c) que no obstante esa previsión, las normas existentes en tal cuerpo jurídico sean insuficientes para su aplicación a la situación concreta presentada, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria, y d) que las disposiciones o principios con los que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen, de algún modo, las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida. Ante la falta de uno de estos requisitos, no puede operar la supletoriedad de una legislación en otra.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

que únicamente se detallaría la instrumentación de aquellos que ya han sido reconocidos en ley y cuya reglamentación no exista o sea deficiente. Con base en esto los medios de adquisición de información se mantienen en los tres que menciona el artículo 31 de la Ley.

II.1.a La resistencia de los agentes y la divergencia institucional

La existencia de los medios ya descritos no implica que tengan un funcionamiento adecuado en la realidad por lo que ahora analizaré algunos de sus problemas. En primer lugar está el problema de la resistencia que tradicionalmente han presentado los agentes económicos a entregar la información que les requiere la Comisión. Este problema es muy lógico si se entiende el funcionamiento básico de las investigaciones.

En el momento en que la Comisión inicia una investigación, como se establece en el artículo 30 de la LFCE, la CFC facultada para ejercer los medios de adquisición de información antes descritos, y con base en criterios judiciales, se ha establecido que ese primer periodo de investigación no es un procedimiento administrativo en el que se le esté imputando culpabilidad a los agentes, sino que es un periodo en el que la Comisión busca allegarse de información suficiente e indicios que permitan decretar una probable responsabilidad y por ello esta etapa termina con el cierre de la investigación o con el Oficio de Probable Responsabilidad (OPR) conforme al artículo 33 de la Ley.⁵

⁵ **LOCALIZACIÓN:** 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XIX, Abril de 2004; Pág. 257; [T.A.]; **RUBRO:** COMPETENCIA ECONÓMICA. LA FACULTAD DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 31 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, ES AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ANTE LA MISMA COMISIÓN. De lo dispuesto en los artículos 24, fracciones I y III, y 30 a 39 de la Ley Federal de Competencia Económica se advierte que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, el ejercicio de la facultad investigadora denominada "procedimiento administrativo de investigación", por parte de la Comisión Federal de Competencia, relativa a la obtención de informes y documentos de particulares en términos del artículo 31 de la ley citada, constituye una actuación de naturaleza distinta, autónoma e independiente del diverso procedimiento contencioso ante la misma comisión, en materia de competencia económica. Lo anterior es así, ya que el ordenamiento citado establece que la mencionada comisión tendrá entre sus atribuciones la de resolver los casos que sean de su competencia y, en su caso, sancionar a quienes se demuestre que violaron

La cuestión es que aunque no se esté imputando culpabilidad alguna de forma directa, en ocasiones se ha visto en la práctica, que aquellos agentes a los que se les solicita información pueden terminar como probables responsables una vez que se estudian las condiciones de poder, de mercado, y los probables efectos sobre el proceso de competencia; esto permite entender la lógica detrás de la resistencia, ya que cuando se les solicita información a los agentes y estos la otorgan, incluso si no son la parte denunciada, podrían estar firmando su propia condena, como se dice comúnmente.

Otro elemento de resistencia es el hecho de que mucha de la información que se les solicita a los agentes implica ventajas de mercado, esenciales para su permanencia y posicionamiento, por lo que su manejo es muy delicado, y es natural que los agentes se resistan a permitir la administración o uso de estos datos a un órgano ajeno como la CFC, especialmente si sus competidores están involucrados, como sucede en una denuncia.

esa ley, para lo cual la comisión podrá sustanciar el procedimiento contencioso, pero con independencia de ese procedimiento instituye una facultad a través de la cual se dota a la referida comisión de atribuciones legales que le permiten requerir y obligar a los particulares para que exhiban ante ella los informes y documentos que sean relevantes para que realice sus averiguaciones preliminares al procedimiento contencioso.

LOCALIZACIÓN: 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XIX, Abril de 2004; Pág. 1402; [T.A.]; **RUBRO:** COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. LA SEGUNDA ETAPA DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ES UN PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN FORMA DE JUICIO PARA LOS EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. De los artículos 23, 24, fracción I, 30, 31, primer párrafo y 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, así como 23, fracción I, 25, fracción I, 27, primer párrafo, 30 y 31 de su reglamento, se advierte que el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas seguido por la Comisión Federal de Competencia se compone de dos grandes etapas. La primera, tendiente a recabar medios de prueba que permitan suponer la existencia, a nivel presuntivo, de actos o prácticas prohibidas por la Ley Federal de Competencia Económica. La segunda etapa inicia con el oficio de presunta responsabilidad, por el que se especifica claramente cuáles son las conductas monopólicas o prohibidas observadas en la fase anterior, señalándose quién es el presunto infractor, ordenando su emplazamiento, para que aquél, en un término no mayor a treinta días comparezca a manifestar lo que a su interés convenga y exhibir las pruebas pertinentes; posteriormente, la comisión fijará un plazo no mayor a treinta días naturales para formular alegatos; hecho lo cual, la autoridad deberá dictar una resolución dentro de los sesenta días naturales siguientes. Esta última fase es un procedimiento seguido en forma de juicio para los efectos del artículo 114, fracción II, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, pues en él la Comisión Federal de Competencia realiza los actos necesarios para dictar una resolución definitiva en relación con las prácticas monopólicas investigadas, dando al presunto infractor la oportunidad de alegar y probar a su favor.

Por otro lado, algunos criterios judiciales han facilitado medios de resistencia a los agentes económicos fuera del proceso administrativo ante la Comisión, como el amparo, lo cual ha agravado la situación.⁶ El problema real de esa resistencia está en las trabas y los costos que genera para la Comisión. Conforme a la Ley, la Comisión tiene un periodo definido para terminar la primera etapa de investigación y para concluirla es vital conseguir información suficiente, pero esto comúnmente no se logra debido a la resistencia de los agentes, la cual también incita otros problemas como las denuncias malintencionadas en las que algunos agentes sólo pretenden causar molestias a sus competidores con denuncias que puedan tener una fácil entrada bajo las características del sistema actual,⁷ lo cual se podría evitar si los agentes en vez de ejercer resistencia, cooperaran con la Comisión otorgándole la información suficiente que permitiría desacreditar esas denuncias de forma expedita.

Por último, otro elemento de la resistencia es que incluso cuando los agentes deciden cooperar y desahogan la información requerida, en la práctica se ha visto que hacen desahogos deficientes, en el sentido de que son excesivos, buscando complicar su lectura a la Comisión, o parciales, entregando cierta información pero resistiéndose a dar otra, con lo que la Comisión les reitera y los agentes terminan dándola completa, pero ese proceso de

⁶ **LOCALIZACIÓN:** 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XIX, Abril de 2004; Pág. 258; [T.A.]; **RUBRO:** COMPETENCIA ECONÓMICA. LA FACULTAD ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 31 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA CONSTITUYE UN ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE UBICA EN LA HIPÓTESIS GENERAL DE PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, PREVISTA EN EL PÁRRAFO PRIMERO DE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 114 DE LA LEY DE AMPARO. El artículo 31 de la Ley Federal de Competencia Económica establece que la Comisión Federal de Competencia está facultada para requerir a los gobernados informes o documentos relevantes para realizar sus investigaciones, así como para citar a declarar a quienes tengan relación con los hechos de que se trate, y que la información y documentos obtenidos serán confidenciales. Ahora bien, el ejercicio de la citada facultad, por sus características de inmediata afectación a la esfera jurídica de los gobernados, constituye una actuación que se ubica dentro de la hipótesis general de procedencia del juicio de amparo indirecto prevista en el párrafo primero de la fracción II del artículo 114 de la Ley de Amparo.

⁷ Véase: *Las reformas de la ley federal de competencia económica y la economía del uso anticompetitivo de la denuncia de prácticas monopólicas* por Ramiro Tovar Landa. En Roldan Xopa José y Mena Labrthe Carlos, *Competencia Económica, Estudios de derecho, economía y política*, Editorial Porrúa, México 2007.

entregas parciales, como puede ser muy largo, hace engorrosa la investigación y complica el funcionamiento de la Comisión.⁸

El segundo problema del que hablaré está muy relacionado con lo anterior y es el conflicto que he denominado “la divergencia institucional”. La facultad de la Comisión para adquirir información es muy poderosa, ya que ella misma establece qué información le deben otorgar los agentes, pero a la vez es delicada, ya que la información que se pide es vital para el funcionamiento de los agentes y su mercado. Es por eso que esta facultad ha sido delimitada por criterios judiciales,⁹ en los cuales se establece que la información solicitada debe justificarse plenamente.

⁸ Los requerimientos de informes y documentos se pueden considerar como el medio primario para obtener información y estos implican un grado reducido de contacto directo con la autoridad (CFC), por lo que dan mayor lugar a la resistencia de los agentes, sin embargo esta resistencia también se da en otros medios, por ejemplo, cuando los agentes no se presentan a las comparecencias o impiden la realización plena de las visitas de verificación, lo que da lugar a multas, ante las cuales en muchos casos se amparan.

⁹ **LOCALIZACIÓN:** 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XIX, Abril de 2004; Pág. 257; [T.A.]; **RUBRO:** COMPETENCIA ECONÓMICA. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 31 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, REQUIERE DE UNA CAUSA OBJETIVA QUE MOTIVE LA INDAGATORIA CORRESPONDIENTE. El ejercicio de la facultad investigatoria prevista en el artículo 31 de la Ley Federal de Competencia Económica requiere de una causa objetiva que sirva de motivo para realizar la indagatoria correspondiente. En ese tenor, es indudable que cuando la Comisión Federal de Competencia determina ejercer dicha facultad, debe existir una correspondencia entre los hechos investigados y el precepto que se relacione con la posible infracción sobre la cual verse la indagatoria, previa al ulterior y diverso procedimiento contencioso.

LOCALIZACIÓN: 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XX, Julio de 2004; Pág. 1688; [T.A.]; **RUBRO:** COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. INFORMES Y DOCUMENTOS QUE PUEDE REQUERIR EN SUS INVESTIGACIONES. El artículo 31 de la Ley Federal de Competencia Económica dispone, en lo que interesa, que la Comisión Federal de Competencia, en ejercicio de sus atribuciones, podrá requerir los informes o documentos relevantes para realizar sus investigaciones, los cuales, una vez obtenidos, tienen el carácter de estrictamente confidenciales. Dicho numeral contiene un concepto jurídico indeterminado, susceptible de conferir un cierto grado de discrecionalidad, pues otorga la posibilidad a la autoridad requirente de apreciar o decidir en relación con la información o documentación "relevante". Esto significa que la autoridad no está facultada para requerir ad libitum todo tipo de información a las partes o agentes económicos que intervengan en el procedimiento de investigación que se inicie, sino únicamente aquella que, a su juicio, sea la verdaderamente imprescindible y significativa, es decir, la necesaria para llevar a cabo esa investigación y cuya razonabilidad debe acreditarse en los casos concretos, tomando como referencia la relación que debe guardar con los hechos que sean materia y contenido de la investigación.

LOCALIZACIÓN: 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XX, Julio de 2004; Pág. 1691; [T.A.]; **RUBRO:** COMPETENCIA ECONÓMICA. LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA DEBE FUNDAR Y MOTIVAR EL REQUERIMIENTO DE INFORMES Y DOCUMENTOS QUE ESTIME RELEVANTES PARA SUS INVESTIGACIONES. El artículo 31 de la Ley Federal de Competencia Económica dispone, en lo que interesa, que la Comisión Federal de Competencia, en ejercicio de sus atribuciones, podrá requerir los informes o documentos relevantes para realizar sus investigaciones, los cuales, una vez obtenidos, tienen el

En un primer término la Comisión es quien valida esa justificación pero en caso de que los agentes se opongan puede terminar en una revisión judicial, a través del amparo, y en la práctica ha surgido el problema de que los órganos judiciales, debido a sus características, no pueden asegurarse de esa justificación al no ser órganos especializados en la materia, por lo que pueden percibir una afectación a los agentes y negar la idoneidad de cierta información cuando en realidad era fundamental o viceversa. De esta forma, la divergencia institucional entre la Comisión y los órganos judiciales ha entorpecido la adquisición de la información y por lo tanto la investigación en sí misma, por lo que en definitiva es un problema a resolver, como se desarrollará en la sección “IV. c”, del último capítulo.

II.1.b El desequilibrio de acreditación

El último problema sustantivo relacionado con los medios de adquisición de información que pretendo analizar lo denominaré “el desequilibrio de acreditación”. En las investigaciones que realiza la CFC existen diversos elementos que se deben comprobar para poder asegurar la existencia de una afectación a la competencia, estos elementos varían dependiendo del tipo de práctica que se investiga, pero de forma amplia la totalidad de esos elementos podría clasificarse de la siguiente manera: conductas, efectos, mercado relevante y poder sustancial.

carácter de estrictamente confidenciales. Ahora bien, la decisión de la autoridad de solicitar informes y documentos no debe ser arbitraria, indiscutible o subjetiva, dado que la relevancia a que se refiere el precepto implica que la potestad no es autoritaria ni arbitraria, sino discrecional y objetiva e involucra, necesariamente, la libre interpretación o apreciación, pero debiendo ser probada su razonabilidad en cada caso, es decir, debe fundarse y motivarse cabalmente el acto de requerimiento, pues de otra manera se vulneraría el mandato constitucional de seguridad jurídica y, en especial, el de tutela a la intimidad de los papeles e información que sólo en casos excepcionales puede ser afectada por las consecuencias irreparables para la parte o agente económico sujeto del acto de molestia. En otros términos, no puede ejercerse dicha potestad indiscriminadamente y sin explicar por qué es relevante la información y documentación o por qué, en concepto de la autoridad, es la que indiscutiblemente necesita para la investigación que realiza.

La Comisión tiene ciertos medios específicos para obtener la información necesaria que permita acreditar los diferentes elementos mencionados, pero en la práctica lo que se ha visto es que los medios de adquisición de información para cada uno de los elementos han presentado un desequilibrio, ya que se está obteniendo más información para acreditar algunos elementos, como el mercado relevante y el poder sustancial, a diferencia de otros, como las conductas y los efectos, lo cual ha hecho muy complicada la comprobación de estos últimos factores.

Por su naturaleza, la información sobre las condiciones del mercado y la relación de los competidores tiene una tendencia de mayor publicidad debido a que hay una constante interacción en el mercado entre las fuerzas que operan y los agentes, pero es lógico que si estos últimos planean o en efecto realizan conductas contrarias a la competencia y libre concurrencia, buscarán ocultar estos actos y sus efectos de todas las formas posibles, ya que están prohibidos por ley y pueden recibir sanciones. Es por esto que en algunos casos la Comisión suele obtener información suficiente para acreditar elementos del mercado pero no puede desarrollarlos exitosamente debido a que la información sobre las conductas, por ejemplo, no permite una acreditación completa y por lo tanto se desmoronan las investigaciones y se termina con un cierre.

Un medio común que se ha utilizado para acreditar conductas ha sido la Fe de Hechos, ya que a pesar de que los órganos judiciales, a través de sus interpretaciones,¹⁰ les

¹⁰ **LOCALIZACIÓN:** 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXVIII, Noviembre de 2008; Pág. 1311; [T.A.]; **RUBRO:** ACTAS DE FE DE HECHOS LEVANTADAS POR CORREDORES PÚBLICOS. AUN CUANDO AQUELLAS EN LAS QUE CONSTAN DECLARACIONES DE PERSONAS ENTREVISTADAS SOBRE DETERMINADO TÓPICO NO SON DOCUMENTOS PÚBLICOS EN SU MÁS PURA ESENCIA, NI TESTIMONIALES, SÍ CONSTITUYEN INDICIOS SUFICIENTES PARA SUSTENTAR LA CONDUCTA ATRIBUIDA A UN AGENTE ECONÓMICO EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. La Comisión Federal de Competencia está obligada a perseguir con eficacia prácticas anticompetitivas -en términos de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-, lo que la habilita para allegarse

han dado el carácter de indicios, sin duda se han constituido como un medio importante de acreditación de conductas en la práctica, pero estos medios son presentados por los agentes y no son obtenidos por iniciativa directa de la Comisión, por lo que dependen del empuje y el alcance que las partes quieran darle, además por lo general intentan probar, a través de un instrumento referente a actos concretos acotados en el tiempo, una conducta generalizada que tiene efectos que trascienden al lugar y tiempo de donde se levantan, lo cual no es válido desde la perspectiva económica y jurídica.

Esto no sucede, por ejemplo, con el mercado relevante, ya que la Comisión puede adquirir información sobre este elemento de múltiples formas; desde que se presenta una denuncia la parte denunciante ya aporta información sustancial, posteriormente cuando la Comisión requiere información obtiene otro tanto, y en el peor de los casos puede realizar estudios de mercado u obtener información bajo criterios de exclusión, entre otras formas.

Para la mayoría de las investigaciones la Comisión tiene que acreditar varios elementos, por lo que la falta de información sobre alguno de ellos puede afectar a toda la investigación, esto refleja la importancia de erradicar el problema del desequilibrio actual, lo cual sin duda permitirá obtener investigaciones mejor fundamentadas, más claras y más integrales.

de los medios pertinentes y eficientes para ese fin. En este orden de ideas, si bien es cierto que las actas de fe de hechos levantadas por corredores públicos en las que constan declaraciones de personas entrevistadas sobre determinado tópico no son documentos públicos en su más pura esencia, puesto que la fe del corredor no tiene el alcance de constatar la veracidad de lo manifestado ante él, ni pueden considerarse testimoniales, en virtud de que no se ofrecieron con las formalidades que prevé el Código Federal de Procedimientos Civiles, también lo es que no por ello carecen de valor y relevancia probatorias, al ser un instrumento o medio idóneo para captar y reflejar el resultado de entrevistas de campo y estudios o encuestas de mercado que exigen ser registradas al momento, ya que son efímeras, por lo que es difícil que puedan repetirse o dejar evidencias que permitan su posterior observación, por lo que constituyen indicios suficientes para sustentar la conducta atribuida a un agente económico en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas y, por tanto, su admisión no transgrede dispositivo legal alguno, sobre todo cuando están en relación directa con la litis.

II.2 Medios de uso

La Comisión adquiere y genera varios tipos de información a través de sus diversas facultades y procesos, y cada tipo de información puede ser utilizada de formas concretas, por ejemplo, para la realización de las investigaciones, para emitir dictámenes y opiniones, para orientar a los agentes y a otros órganos o entidades de la administración pública, y como alternativas de prevención. En la práctica existen algunos problemas relacionados con los medios de uso de información, en esta sección me centraré principalmente en dos.

II.2.a Carencias orgánicas

El primer problema tiene de fondo una carencia estructural y orgánica de la Comisión Federal de Competencia. Más allá de las formas en que ésta puede utilizar cierta información, la posibilidad real de dar ese uso es un elemento primario, y este elemento se ve gravemente afectado por las capacidades humanas e institucionales de la Comisión, por lo que sin duda debe ser analizado en esta tesina. En todo México existe un número incontable de casos relacionados con la competencia, de los cuales sólo algunos llegan a la Comisión, pero de cualquier forma, éstos siguen siendo una cantidad considerable de casos para que los resuelva una sola institución, por lo que la CFC requiere de una gran capacidad laboral para poder desempeñar efectivamente sus funciones.

Como la regulación en competencia y la CFC son relativamente recientes, es entendible que en un principio los casos a resolver fueran limitados, pero se debe considerar que conforme han pasado los años, los agentes y otros órganos nacionales han adquirido una mayor conciencia y preocupación sobre la competencia, por lo que la carga de trabajo de la Comisión ha aumentado considerablemente; además, los agentes involucrados suelen ser agentes muy grandes y fundamentales para la competencia

nacional, por lo que generan un esfuerzo adicional por parte de la Comisión debido a la complejidad de los casos. Conforme al diseño actual, lo que se ha visto en la práctica es que realmente hay una falta de capacidad orgánica y laboral en la institución, lo cual ha afectado la calidad y la efectividad de sus actuaciones, entre ellas la del uso de información, lo que a su vez reduce la posibilidad de un mejor desempeño.

Las diferentes direcciones que tiene la Comisión no cuentan con el personal suficiente para lograr un trabajo óptimo debido a las limitaciones presupuestales, y por otro lado, no existen oficinas de representación en las diferentes zonas del país que puedan facilitar los encargos de la Comisión, a diferencia de lo que sucede con otros órganos de gobierno similares, a pesar de que la misma regulación en competencia pretendía desarrollar este punto, como se puede ver con el artículo 24 fracción XV de la LFCE al mencionar que “La Comisión tendrá las siguientes atribuciones: XV. Establecer oficinas de representación en el interior de la República” y con el artículo 8º fracción VII del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia (RICFC): “Para el ejercicio de sus funciones y el despacho de los asuntos que le competen, la Comisión contará con los servidores públicos, órganos y unidades administrativas siguientes: VII. Delegaciones u oficinas regionales, que sean necesarias para la debida aplicación y vigilancia de las funciones y atribuciones que le corresponden, de conformidad con lo establecido en la Ley, este Reglamento y las demás disposiciones aplicables”. Como puede verse la regulación contempla estas posibilidades pero en la práctica no se han materializado, y esta es sin duda una limitante para todo el funcionamiento de la Comisión y, en específico, para el uso de información.

II.2.b Uso preventivo

El segundo problema del que hablaré será el del uso preventivo de la información. Como ya se ha mencionado, la Comisión cuenta con diversas herramientas para dar un uso preventivo a la información en el sentido de orientar a los agentes y a otras dependencias sobre los criterios principales en materia de competencia y sobre los posibles problemas existentes en los mercados para que así estos estén igualmente informados, para que exista una sincronización con la Comisión y para que se evite la realización de actos anticompetitivos, así como la necesidad de que la CFC imponga multas u otras sanciones, a la par de lograr una competencia más saludable que genere beneficios colectivos.

Actualmente, parece que la Comisión ha asumido un papel mucho más reactivo que preventivo, ya que por lo general no es hasta que se ha identificado un problema avanzado cuando se invierten verdaderos esfuerzos en resolverlo, lo cual podría mejorarse en una gran medida si se invirtieran más energías en el uso de la información como medida preventiva, lo cual además, está permitido por la regulación a través de medios como las opiniones (Art. 24 LFCE), los dictámenes (Art. 14 LFCE) y las orientaciones como respuesta a consultas (Art. 33 Bis. 4 LFCE). No pasa desapercibido que para la realización de estas medidas por lo general es necesario un primer acercamiento o cuestionamiento de los agentes y demás dependencias, pero aún así la Comisión podría buscar un papel mucho más activo para lograr una apertura de canales de información y confianza que permitiera una mayor cooperación, lo cual sin duda es un problema importante que puede ahorrar mucho trabajo a la Comisión, pero sobre todo evitar mucho daño a la competencia.

II.3 Confidencialidad

La confidencialidad será estudiada en esta sección especial, debido a que es un tema que mezcla problemas de adquisición y uso de información, además de que representa un tema fundamental para el desempeño de la Comisión.

La información puede ser por sí misma un elemento delicado, es por eso que ha sido protegida de varias formas por diversos tipos de normas, por ejemplo en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública y Gubernamental, que regula el acceso a cierta información, pero también su protección, en el capítulo tercero principalmente, por cuestiones de seguridad nacional, internacional, legal, financiera, e individual, así como para la protección de datos personales, secretos comerciales o industriales entre otros.

En materia de competencia económica, durante el transcurso de las investigaciones que lleva la Comisión para cumplir con su encargo legal, ésta puede requerir información y documentos relevantes para las investigaciones, los cuales pueden ser clasificados como confidenciales.¹¹ La Comisión tiene tres categorías para clasificar toda la información que obtiene:

- Información Pública: Es aquella que se ha dado a conocer a través de medios públicos o se halla en fuentes de acceso público.
- Información Reservada: Es aquella a la que únicamente pueden acceder los agentes económicos con interés jurídico en el procedimiento.¹²
- Información Confidencial: Es aquella que si se diera a conocer a otros agentes con interés jurídico podría causar un daño o perjuicio a quien la proporcionó, también es aquella que contenga datos personales que requieran de un consentimiento para su difusión, aquella que pueda poner en riesgo la seguridad de quien la otorga y por último aquella cuya divulgación este prohibida por ley.

¹¹ Artículos 31 y 31 bis de la LFCE y 34 del RLFCE.

¹² El interés jurídico ha sido definido comúnmente con relación a una afectación a la esfera jurídica del agente.

En cuanto a la última categoría, precisamente por esa naturaleza confidencial de la información, los servidores públicos estarán sujetos a responsabilidad en los casos de divulgación.¹³

Por otro lado, conforme a los criterios judiciales establecidos,¹⁴ los agentes económicos no pueden negarse a presentar la información y documentos argumentando su naturaleza confidencial, pero sí pueden solicitar que se clasifique dicha información y sea resguardada.

Ante la duda, se puede evaluar si cierta información comercial o empresarial constituye información confidencial con base en los siguientes factores:¹⁵

- Hasta qué grado la información es conocida fuera de la empresa o por los empleados y otras personas involucradas en los negocios de la empresa.
- Hasta qué grado se han tomado medidas para proteger la secrecía de la información.
- El valor de la información, tanto para la empresa como para sus competidores.
- La cantidad de tiempo o dinero invertido para desarrollar esa información.
- La facilidad o dificultad con la que la información podría ser legalmente adquirida o duplicada por otros.

No cabe duda que la confidencialidad representa un derecho esencial en favor de los agentes para evitar posibles daños a su posición en el mercado, pero en la práctica se ha visto que el tema de la confidencialidad también puede generar ciertos problemas en cuanto

¹³ Artículos 31 bis, tercer párrafo, de la LFCE y 41 del RICFC.

¹⁴ **LOCALIZACIÓN:** 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXVI, Julio de 2007; Pág. 2717; [T.A.]; **RUBRO:** SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. CONFORME A LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS, DEBE NEGARSE CONTRA LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN FORMULADOS POR LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, PUES EL INTERÉS DE LA SOCIEDAD PREVALECE Y ES PREFERENTE AL DERECHO DE LA QUEJOSA A LA CONFIDENCIALIDAD DE SUS DATOS. ... dado que conforme al artículo 31 bis de la Ley Federal de Competencia Económica, la información y documentación que maneja la referida comisión durante la etapa de investigación es estrictamente confidencial y se puede solicitar, e inclusive exigir, que se trate como tal en las posteriores etapas del procedimiento, de modo que se impida su divulgación a los agentes económicos investigados, a terceros extraños o al público en general, salvaguardándose así su confidencialidad y secrecía. Por consiguiente, es claro que debe negarse la suspensión, puesto que el interés de la sociedad prevalece sobre el interés particular de la quejosa, pues el principio que debe primar es aquel que causa menor daño y, por ende, el que resulta indispensable privilegiar, porque evidentemente conlleva un mayor beneficio (...)

¹⁵ Estos criterios parten de las guías de confidencialidad emitidas por la misma Comisión a nivel interno.

a la adquisición y uso de información. El límite de la confidencialidad y ese impedimento de compartir información del expediente pueden restringir la posibilidad de adquirir información nueva y más detallada. Por ejemplo, a pesar de que la Comisión es una institución especializada en el área de competencia, mucha de la información que obtiene en el transcurso de las investigaciones es sobre mercados muy específicos, donde los agentes tienen conocimientos detallados sobre materias primas, procesos de producción y venta, entre otros; por lo tanto, en ocasiones parece necesario el apoyo para la Comisión de un experto en esos mercados o temas, pero debido a las restricciones de confidencialidad, la CFC no puede obtener asesorías referentes a esa información confidencial específica.

Existe la posibilidad de que el grado de protección actual de la información no esté considerando otros elementos, como aquellos del ejemplo anterior, y que por lo tanto, se esté dando una sobreprotección a cierta información y se estén restringiendo medidas en las que no necesariamente se vaya a afectar a los agentes, bajo condiciones de cuidado y responsabilidad. La cuestión es que la confidencialidad puede provocar algunas trabas al funcionamiento de la Comisión, pero no se ignora que en el fondo debe haber una ponderación de derechos entre la seguridad de los agentes y la seguridad de la competencia.

En este capítulo he señalado algunos de los problemas sustantivos más importantes relativos a los medios de adquisición y uso de información de la Comisión Federal de Competencia, los cuales cubren cuestiones tan diversas como las orgánicas, facultativas, restrictivas y de coordinación, entre otras, sin embargo todos ellos mantienen un punto en común, ya que reducen la posibilidad de que la Comisión logre un mejor desempeño, por lo que era fundamental identificarlos claramente para después poder hacer propuestas de solución. Una vez realizado lo anterior, continuaré con el análisis de los problemas procedimentales, los cuales como se verá, también representan aspectos importantes para la regulación en competencia y para la Comisión.

Capítulo III. Problemas adjetivos de los medios de adquisición y uso de información de la Comisión Federal de Competencia.

Las formas en que la Comisión Federal de Competencia adquiere y utiliza la información se basan en procesos y vías de implementación específicas, reguladas en la ley de competencia, su reglamento, y el código supletorio, por lo que el campo de instrumentación de las diferentes herramientas y procedimientos con los que cuenta la CFC está delimitado por estas normas y su estudio es importante ya que también ha presentado importantes problemas en la teoría y en la práctica que afectan el desempeño de la Comisión. Es por eso que este capítulo se enfocará en analizar ciertas áreas y temas concretos del aspecto adjetivo que afectan el desarrollo de esa adquisición y uso efectivo de la información.

III. a. La viabilidad de los plazos

Como la Comisión Federal de Competencia es una institución pública, la acción de este órgano está sujeta a plazos estrictos definidos en su regulación con el fin de que se dé una respuesta pronta a los casos y problemas que se le presentan e incentivando así su eficacia. Como ciertos casos pueden ser más complejos que otros o presentar problemas particulares, la regulación también prevé la posibilidad de ampliaciones. En teoría, estos plazos y ampliaciones dan el tiempo justo y considerable para que la Comisión pueda actuar plenamente, pero en la práctica se han generado ciertos patrones de acción que parecen demostrar lo contrario.

En esta sección analizaré dos plazos específicos. El primero se impone para el periodo previo a la investigación: conforme al artículo 30 del RLFCE una vez que la Comisión recibe una denuncia por la oficialía de partes, tiene 15 días para acordar el inicio

de la investigación, el desechamiento de la denuncia parcial o total, por ser notoriamente improcedente, o la prevención al denunciante. Por otro lado, este mismo artículo establece una especie de candado para la Comisión al mencionar que “si no se emite acuerdo alguno dentro de los plazos antes señalados se tendrá por iniciada la investigación correspondiente”.

Este primer plazo es importante porque la mayoría de los casos que lleva la Comisión inician por denuncias, y a partir de ese punto la CFC requiere de ciertos indicios para descartar la posibilidad de un desechamiento,¹⁶ y conforme al artículo 30 de la LFCE, para determinar la probable violación y el mercado en que se realiza, pero como ésta es una etapa inicial, prácticamente la única información que se tiene es la que presenta el denunciante; y como es obvio esta información tiene una tendencia marcada que repercute en cierta medida en la Comisión, la cual, dada la brevedad del plazo, no tiene tiempo para obtener datos más precisos y objetivos del mercado y de los demás agentes. Con base en esto, se puede ver que gracias al plazo mencionado existe una verdadera restricción para la adecuada adquisición y uso de información de la Comisión.

Debido a estas características iniciales, en la práctica se ha presentado una tendencia para dar entrada a los casos que presentan un grado mínimo de indicios, respaldada por el candado mencionado, ya que los efectos negativos de desechar constantemente casos que parecen procedentes podrían ser mayores para la competencia que el aceptar denuncias injustificadas a reserva de una revisión más detallada. Por otro lado también se ha buscado hacer prevenciones a los agentes como una medida para obtener más tiempo para decidir

¹⁶ El artículo 31 del Reglamento establece los supuestos específicos para el desechamiento en sus seis fracciones.

sobre la admisión, ya que conforme al reglamento, en caso de prevención se amplía el plazo 15 días más y hasta 30 días en casos justificados.

Una vez vistos estos plazos y las tendencias que se han presentado en el desempeño de la Comisión, es importante razonar las implicaciones reales de esta primera etapa para considerar si la amplitud del plazo legal es adecuada. Debe entenderse que de esta fase preliminar depende que la Comisión este ocupando su tiempo y esfuerzo en casos realmente cruciales para la competencia, evitando el uso innecesario de recursos, sobre todo tomando en consideración la vasta carga de trabajo de la CFC y las carencias orgánicas ya mencionadas, por lo que debería otorgarse el tiempo que en realidad fuera óptimo para tomar las decisiones adecuadas.

El segundo plazo que analizaré es el establecido por el artículo 34 bis de la LFCE: “Cuando no se especifique plazo, se entenderán cinco días para cualquier actuación”. Este es un plazo general que pretende estandarizar el periodo de acción de la Comisión, así como evitar vacíos de respuesta para todas sus posibles actuaciones, pero en realidad no considera las características y diferencias de los múltiples actos que pueden encuadrar en su hipótesis, por lo que en la práctica ha generado algunos problemas para la CFC. Un ejemplo de esto es el de los acuerdos, por lo que procederé a desarrollarlo. El fundamento principal del que parten es el artículo 6° del Reglamento:

***ARTÍCULO 6.-** A toda promoción debe recaer un acuerdo en el que se expresará la fecha de su emisión, fecha de recepción, síntesis de la promoción, la motivación de la autoridad, los fundamentos de su emisión y la firma del funcionario competente para ello. De cada acto debe dejarse constancia en el expediente. Los documentos deben ser foliados al agregarse al expediente y debe imprimirse el sello de la Comisión. Los funcionarios de la Comisión son responsables de que los expedientes sean debidamente integrados.*

Como existen diversas promociones también existen diversos acuerdos, entre ellos los de confidencialidad, los de desahogo de requerimiento, los de ampliación de plazo, de desechamiento, prevención, prorroga, reiteramiento, y de conclusión de la investigación. El grado de complejidad de cada acuerdo depende principalmente de las características del caso para el que se emiten y del tipo de acuerdo; los de confidencialidad, por ejemplo, suelen ser de los más complicados, pero el plazo general de 5 días no toma en consideración este punto, por lo que la Comisión se ve obligada a realizar acuerdos de complejidades diferentes bajo el mismo periodo, por lo que se puede generar la tendencia de que los acuerdos más difíciles resulten con una menor calidad o que se presenten fuera de tiempo. De este modo el plazo general que pretende estandarizar y cubrir vacíos en realidad está afectando algunas actuaciones de la Comisión cuyo periodo de realización debería de ampliarse en función de sus características. Por otro lado la brevedad del plazo provoca que la Comisión termine atada a la constante y rápida emisión de acuerdos y trámites formales en el ámbito de sus posibilidades, por lo que se distrae de otras acciones más críticas y sustanciales dentro de las investigaciones como la adquisición y análisis de información.

III. b. La Caducidad

El artículo 34 bis 3 de la Ley Federal de Competencia Económica, adicionado bajo las reformas que se hicieron a esta Ley, publicadas el 28 de junio de 2006 en el DOF, establece que “Las facultades de la Comisión para iniciar las investigaciones que pudieran derivar en responsabilidad e imposición de sanciones, de conformidad con esta Ley, se extinguen en el plazo de cinco años contado a partir de que se realizó la conducta prohibida por esta Ley”. Con este artículo la Ley establece un plazo de caducidad.

El concepto de caducidad puede variar dependiendo del área jurídica en el que se utilice, pero en referencia a las autoridades por lo general se ha entendido como la pérdida de una facultad que se genera por su falta de ejercicio oportuno en un transcurso de tiempo determinado. Es común que en muchas áreas legales se encuentren plazos de caducidad, los cuales tienen de fondo algunos principios básicos, como la idea de que los sujetos u agentes no se mantengan en un estado de inseguridad indefinido bajo la posibilidad de que las instituciones respectivas puedan acusarlos o afectarlos en cualquier momento; y como el principio de que las instituciones públicas deben buscar la realización de una justicia pronta y expedita, por lo que si en su actuar han resultado ineficientes, sus facultades deben limitarse en favor de la seguridad de los agentes y del orden social.

Como puede verse la regulación en competencia económica ha contemplado una caducidad de este tipo, pero la parte relevante está en identificar si el plazo de caducidad establecido en la LFCE es coherente con las características de la materia y sus respectivos procesos, o si por el contrario hace un contrasentido, ya que si caducan las facultades de investigación de la CFC, por ende caducan sus facultades de adquirir y utilizar cierta información, lo cual genera una limitante considerable.

Es difícil saber exactamente cuánto tiempo permanecen los casos y sus efectos en existencia antes de ser reconocidos, investigados y en su caso sancionados por la Comisión, ya que la mayoría de ellos son identificados gracias a las denuncias. Dadas las dimensiones del comercio nacional, sin duda deben existir muchos otros casos latentes a esclarecerse bajo la pronta oportunidad de la Comisión, lo cual, debido a ciertos factores como las carencias orgánicas antes mencionadas, difícilmente sucederá de forma rápida, por lo que las facultades de acción de la CFC deberían de prolongarse por un periodo considerable

dada la realidad nacional; esto permite considerar una primera posibilidad de que el plazo de caducidad de cinco años establecido por la Ley sea demasiado corto.

Por otro lado se han registrado conductas anticompetitivas en ramas grandes como las de bebidas y telecomunicaciones, por mencionar dos ejemplos, cuyos efectos se han mantenido por mucho más que cinco años debido a las características de los mercados en los que se realizaron, de esta forma, el plazo de caducidad impuesto puede incentivar la persistencia de varios efectos contrarios a la competencia sin que la Comisión pueda hacer algo al respecto. Además, el artículo 34 bis 3 no es completamente claro, ya que el plazo parece iniciar desde la realización de la conducta, pero no se hace distinción entre conductas realizables en un solo acto o conductas de realización continuada.

No se puede negar la importancia de los principios que subyacen a esa caducidad, pero para imponer un plazo de este tipo también se debieron considerar las características reales de desempeño de la Comisión, así como las demás características generales de la materia, que permitieran lograr un balance de principios y efectividad a favor de la competencia económica de nuestro país, sin vulnerar los derechos de los agentes.

III. c. La ejecución de las medidas de apremio

La Comisión Federal de Competencia, al ser una autoridad, está facultada para realizar actos que tienen efectos sobre los agentes y que les imponen ciertas obligaciones, como por ejemplo, los requerimientos de información y las comparecencias que son medios para adquirir información, pero en realidad son los agentes quienes tienen la decisión final de acatar esos mandatos, y como estos suelen afectarlos, es común que se rehúsen a obedecerlos, por ello en ocasiones son necesarias ciertas medidas que incentiven a los agentes a cooperar con la Comisión y cumplir con los actos que se les imponen; estas

medidas son conocidas como medidas de apremio y la misma Comisión las ha definido como una serie de consecuencias jurídicas que se actualizan ante el incumplimiento de los particulares a determinados mandamientos de autoridad y que tienden a asegurar el cumplimiento de dichos mandamientos por parte de los gobernados.¹⁷

La LFCE en su artículo 34 establece que para el eficaz desempeño de sus atribuciones, la Comisión podrá emplear los siguientes medios de apremio:

I.- Apercibimiento; o

II.- Multa hasta por el importe del equivalente a 1,500 veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal, cantidad que podrá aplicarse por cada día que transcurra sin cumplimentarse lo ordenado por la Comisión.

Conforme a su reglamento interno (Art. 42), la CFC puede utilizar de forma indistinta estas medidas, pero antes de imponer una multa debe realizarse el apercibimiento respectivo. Como se puede ver la Ley contempla de forma concreta dos medidas, pero este es sólo un primer paso para su realización ya que la efectividad depende en mayor medida de su aplicación real, y este ha sido el verdadero problema en la práctica, ya que la Comisión suele utilizar comúnmente estos medios sin que exista un proceso efectivo para su ejecución que tenga un efecto disuasivo en los agentes.

El apercibimiento es la primera medida aplicable y en realidad busca informar al agente de su incumplimiento para que este sea rectificado; si el agente hace caso omiso entonces procede un reiteramiento y se le informan las consecuencias de que mantenga la resistencia. Por sus características, en realidad esta medida no presenta un verdadero problema ya que, al ser simplemente un primer paso de apremio que no implica el

¹⁷ Esta definición y los criterios siguientes parten de las guías sobre medidas de apremio emitidas por la misma Comisión a nivel interno.

desprendimiento de una cantidad de dinero, en la práctica no requiere de una ejecución en el mismo grado que la multa.

Las multas sí generan una afectación patrimonial en los agentes y por ello requieren de mayores medidas de coerción para hacerse efectivas. Cuando la CFC impone una multa, y la notifica al particular, posteriormente emite un oficio mediante el cual solicita a la Secretaría de Finanzas del Estado o autoridad estatal competente, de acuerdo al domicilio fiscal del agente económico sancionado, la ejecución o cobro de la multa, y a partir de aquí es cuando se presentan los verdaderos problemas ya que los incentivos de presión se desvanecen. La Comisión no tiene grandes incentivos para dar seguimiento a la ejecución ya que no obtiene ningún beneficio económico de esas multas, y ante la ausencia de información puede actuar bajo la presunción del artículo 34 bis 2 de la Ley. Las Secretarías en realidad son órganos auxiliares por lo que su único incentivo es el acuerdo celebrado con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, además de que no se les impone un plazo concreto de acción, y por último, la Ley no hace menciones específicas sobre la ejecución,¹⁸ por lo tanto lo que sucede es que las Secretarías respectivas tardan mucho tiempo en realizar los cobros y en ocasiones no los realizan y dejan las multas sin efectos bajo argumentos como el de que no se encontró a la persona respectiva.

Bajo esta dinámica el propósito de las medidas de apremio ha quedado desvirtuado y sus efectos en los agentes han sido en realidad mínimos, lo cual termina afectando el desempeño de la Comisión en cuanto a la adquisición y uso de información, ya que esta fase tendría que ser respaldada por esas medidas.

¹⁸ El artículo 64 del RLFCE si hace mención expresa sobre la ejecución, pero sólo para el caso de las sanciones y no para los medios de apremio.

Como se ha podido ver a través de este capítulo, los problemas relativos a los medios de adquisición y uso de información de la Comisión no son únicamente sustantivos sino que existen cuestiones adjetivas sobre el desarrollo y la instrumentación de estos procesos que han generado complicaciones en la práctica. Hasta ahora la investigación realizada ha permitido identificar esos conflictos, tanto sustantivos como adjetivos, pero este es tan sólo el primer paso, por lo que en el siguiente capítulo trataré de dar un sentido más constructivo a esta tesina al proponer posibles soluciones a los problemas antes descritos.

Capítulo IV. Propuestas de Solución.

El análisis crítico realizado en esta investigación ha permitido identificar algunos focos de alerta en el sistema actual de competencia económica de México, y como se ha podido ver, estos problemas se extienden desde la regulación y sus fundamentos hasta la práctica efectiva de control y el desempeño institucional de la CFC. Como ya se ha mencionado, el reconocimiento es sólo un primer paso, ya que lo más importante es lograr un verdadero avance en favor de la competencia, debido a esto es esencial proponer algunas soluciones a los problemas identificados, lo cual no significa que esas propuestas sean las únicas o las mejores formas de actuación, ya que sin duda existen múltiples caminos de desarrollo. Lo que en realidad se pretende, es hacer propuestas constructivas con base en argumentos lógicos y simples que tomen en consideración las características teóricas y prácticas del sistema actual de competencia económica en México, para lograr un verdadero avance y estar a la vanguardia internacional en la materia.

Por lo anterior, en este último capítulo se analizarán cada uno de los problemas identificados en los dos capítulos anteriores y se hará una propuesta específica para cada uno de ellos, con su debido razonamiento.¹⁹

IV. a. El problema del desequilibrio de acreditación: Aquí el principal punto a tratar es la búsqueda de un equilibrio o proporcionalidad en las posibilidades reales de adquirir información para todos los elementos que configuran las conductas anticompetitivas,

¹⁹ Varias de las propuestas hechas en esta sección toman en consideración el capítulo de Conclusiones y recomendaciones para los países del Istmo Centroamericano, en el estudio sobre *Mejores prácticas en materia de defensa de la competencia en Argentina y Brasil: aspectos útiles para Centroamérica*, por Diego Petrecolla, emitido por la CEPAL en enero de 2007.

principalmente por la deficiencia o insuficiencia de los medios actuales respecto a las conductas y los efectos. Por otro lado, si bien es cierto que en esta materia existen diferentes prácticas con diferentes características y por lo tanto con diferentes medios de acreditación, una primera propuesta de solución podría ser un intento de homogeneizar esos medios de adquisición de información para todos los tipos de conductas en el sentido de analizar cuáles de estos pueden funcionar para todas o pueden usarse en otras. Un ejemplo puede ser el uso de las inspecciones oculares, que en la práctica han sido utilizadas en materia de prácticas monopólicas absolutas, pero que también podrían ser útiles para las prácticas monopólicas relativas complementando el uso que se da a las fes de hechos.

Una segunda solución sería mejorar o desarrollar los medios ya existentes para que permitan obtener información más amplia y más precisa, como se hizo con las últimas reformas a la Ley para el caso de las visitas de verificación, en las cuales aún podrían hacerse mayores avances como extender su aplicación a los hogares de los principales empleados de las empresas como sucede en Europa.²⁰ Una tercera y última propuesta sería crear nuevos medios de acreditación para la CFC, como las encuestas que permitan conocer a fondo las conductas de ciertos agentes y las perspectivas de los consumidores.

IV. b. El problema de la resistencia de los agentes: Este problema tiene algunos puntos centrales como la incertidumbre o el temor de los agentes por el carácter que tienen o pueden llegar a tener dentro de una investigación, su desconocimiento de la verdadera función y utilidad que tiene la información requerida, la desconfianza referente al manejo de su información confidencial, y las deficiencias en los desahogos de información. Para

²⁰ Véase: *Procedimientos de investigación y sanción en la LFCE* por Jean Claude Tron Petit y Denise Marie Tron Zuccher. En Roldan Xopa José y Mena Labrthe Carlos, *Competencia Económica, Estudios de derecho, economía y política*, México 2007.

contrarrestar estos puntos, es importante que la Comisión haga requerimientos más claros en los que no sólo especifique el carácter con el que se le requiere información al agente sino que desarrolle las consecuencias de ese carácter y las posibles implicaciones futuras.

Por otro lado, se puede poner mayor énfasis en la posibilidad de asesorar a los agentes para toda clase de aclaraciones que no afecten a la investigación, en este sentido se podría dar un uso más frecuente de las reuniones informales en las que se entre en contacto directo con los agentes o sus representantes para indicarles de una forma más extensiva las implicaciones de la solicitud y la posible información a aportar, la forma específica en que se solicita su desahogo, y las medidas de protección que se implementarán para la información delicada, todo bajo las debidas restricciones de confidencialidad para no afectar en ningún momento la investigación o la imparcialidad de la Comisión. Estas medidas tenderían a tranquilizar a los agentes en la medida de lo posible en aras de una mayor cooperación, lo que jugaría tanto en su favor, para el caso de demandas malintencionadas, como a favor de la Comisión en el desarrollo de investigaciones más completas, mejor motivadas y más rápidas.

IV. c. El problema de la divergencia institucional: Este problema tiene cierta conexión con el anterior y como ya se describió, parte principalmente de las características de los órganos judiciales que pueden terminar revisando la justificación de la información que requiere la Comisión a los agentes, principalmente por sus conocimientos económicos y de competencia en comparación con los de la CFC. Este conflicto difícilmente se solucionaría con la creación de tribunales o juzgados especializados en competencia ya que estos únicamente intervendrían después de que exista una resolución de la Comisión y en el caso de que los agentes decidan impugnarla, sin embargo el problema a tratar se presenta en la

etapa de la investigación, que como ya se ha mencionado es una etapa previa y tiene características diferentes, por lo que en realidad las medidas para solucionar este punto podría ser dos, primero que los órganos judiciales que deciden sobre la justificación mencionada se asesoren o trabajen en coordinación con personas u órganos que tengan conocimientos especializados mayores en las áreas de economía y competencia económica, lo cual les permitirá tomar decisiones más acertadas sobre la idoneidad de la información solicitada y la necesidad de una protección a los agentes, pero esta medida en realidad no le corresponde a la Comisión por lo que yo consideraría más viable la propuesta de que esta última genere mayores canales de comunicación y cooperación con los órganos judiciales, como una primera medida, y además que formule requerimientos más estandarizados en el sentido de homogenizar el tipo de información solicitada para casos, mercados o agentes que guardan las mismas características, lo cual permitiría mayor certeza para los agentes y para los órganos judiciales, y reduciría el margen de interpretación de estos últimos en favor de la CFC.²¹

IV. d. El problema de las carencias orgánicas: Como ya se ha analizado este problema tiene dos factores centrales, primero está la necesidad de la Comisión de aumentar su personal en una medida proporcional a su carga de trabajo actual, y después está la necesidad de aumentar su presencia a nivel nacional para distribuir y aliviar esa carga así como para aumentar su efectividad, ambos factores sin duda dependen de sus medios económicos reales. Para estos dos problemas el punto de partida es claro, pero la creatividad se

²¹ Para un mejor entendimiento de estas propuestas, véase: *Handbook of antitrust economies*, Chapter 1: Economic evidence in antitrust: defining markets and measuring market power, por Jonathan B. Baker & Timothy F. Bresnahan.

encuentra en la forma. No cabe duda que la solución base es aumentar el presupuesto y los demás medios económicos de la CFC, pero para lograrlo existen varias posibilidades, la primera sería cambiar la forma institucional y administrativa de la Comisión, lo cual dependería de que se diera un reconocimiento mayor a la importancia de la competencia y al papel de la Comisión para regularla, así como de las debidas reformas legales, pero asumiendo que esto pueda suceder, el paso sería de un órgano desconcentrado a un órgano descentralizado o en su defecto a un órgano constitucional autónomo, los cuales sin duda dispondrían de un mayor presupuesto, que a su vez se reflejaría en mayores capacidades laborales e institucionales, por otro lado no cabe duda de que estas son medidas radicales por lo que también podrían haber propuestas secundarias como la posibilidad de que una parte de los ingresos generados por las multas como medias de apremio recayera en la Comisión, lo cual tendría que ser en una medida residual que no generara incentivos perversos, y bajo una rendición estricta de cuentas.

Respecto al factor de la presencia nacional y la distribución de la carga, la solución lógica sería crear oficinas regionales, lo cual genera nuevas preguntas ¿Cuántas deben crearse? ¿Dónde deben establecerse? Debido a las restricciones presupuestales antes mencionadas, no sería viable crear un sin número de oficinas, por lo que mi propuesta sería dividir el país en tres regiones, zona norte, zona centro y zona sur, y establecer una oficina regional en cada una de ellas, pero debido a que la base ya se encuentra en la Ciudad de México, sólo sería necesario el establecimiento de dos oficinas en las zonas norte y sur, lo que sin duda tendría los efectos deseados para solucionar en cierta medida el problema presente.

IV. e. El problema de las medidas preventivas: En este punto los factores principales son la prevalencia del papel reactivo de la Comisión y el escaso uso y desarrollo que se le ha dado a los medios preventivos ya existentes. Para resolver este problema sería prudente definir los tres tipos de medidas a desarrollar, acompañadas de sus respectivas propuestas. En primer lugar están las medidas preventivas de acción, las cuales se pueden desarrollar a través de las investigaciones de oficio en las que la Comisión por su propia iniciativa decide explorar las condiciones de competencia en un mercado determinado, respecto a este punto la propuesta de solución sería aumentar el número de este tipo de investigaciones, pero debido a la carga de trabajo y a las carencias orgánicas de las CFC, difícilmente sucederá automáticamente bajo condiciones normales, debido a esto sería necesario imponer un mínimo de investigaciones de oficio al año, o por lo menos dar incentivos para lograr esto, siempre manteniendo la posibilidad de reducir ese mínimo bajo la debida justificación.

Posteriormente están las medidas preventivas de información, las cuales se basan principalmente en las diversas opiniones que puede emitir la Comisión, así como en el desahogo de las consultas que recibe. Para estas medidas la propuesta de solución simplemente sería dar un uso más constante, pero sobre todo pertinente, de estos medios para que la CFC participe e influya en temas o áreas críticas para la competencia. Con las últimas reformas a la LFCE se expandieron estas medidas con nuevos tipos de opiniones así como con la denominación de la CFC como el órgano consultivo respecto a la defensa de la competencia, pero faltará ver su verdadero desarrollo en la práctica.

Por último el tercer tipo de medidas preventivas son las de transparencia, basadas en las herramientas que tiene la Comisión para hacer saber al público y a los agentes, los criterios que utiliza al resolver todas las cuestiones sobre competencia, así como sus

resultados. Con las últimas reformas a la LFCE se estableció la facultad de emitir lineamientos, criterios técnicos y evaluaciones de resultados, por lo cual sería conveniente que la Comisión emita lineamientos y criterios que permitan una estandarización de sus procesos, lo cual lograría que el público y los agentes conozcan claramente su lógica y su forma de operación, por otro lado también sería útil dar mayor publicidad a las decisiones de la CFC y a sus informes anuales, posiblemente mediante las nuevas herramientas de comunicación social.

IV. f. El problema de la confidencialidad: Este problema consiste básicamente en las restricciones impuestas a la Comisión para el uso y adquisición de información basadas en una sobreprotección de ciertos datos con base en los criterios actuales de confidencialidad. Como en este problema existe una ponderación de derechos muy precisa, se requiere de una solución más delicada que al final dependerá de esa misma ponderación. Las posibles soluciones consistirían en aumentar el grado de autorización de los agentes del uso de su información, o aumentar las medidas de protección y la justificación de ese uso. Por el tipo de información de la que hablamos y por la resistencia de los agentes ya analizada, la primera solución no parece ser la más óptima, ya que los agentes difícilmente accederán por su propia voluntad a dar mayores facultades a la Comisión para el manejo de información crítica, aunque esto podría atenuarse con las propuestas hechas anteriormente para esa resistencia; de cualquier forma, la propuesta más viable sería otorgar mayores facultades a la Comisión en ley para casos muy específicos en los que se justifique plenamente la necesidad del uso de esa información como único medio para dilucidar ciertos aspectos fundamentales del caso y bajo compromisos muy claros de responsabilidad y resarcimiento.

IV. g. El plazo del artículo 30 del Reglamento: Para los problemas que ha generado el plazo establecido en este artículo básicamente hay dos formas concretas de solución, la primera sería otorgar mayores y nuevas facultades a la Comisión para poder obtener información objetiva dentro del periodo específico establecido por este artículo, lo cual permitiría evadir de una forma más efectiva la admisión de casos con mayores probabilidades de ser injustificados o irrelevantes para la competencia. La segunda solución sería aumentar el plazo en una medida considerable, lo cual daría más tiempo a la Comisión para hacer las consideraciones necesarias sobre la admisión, prevención o deshechamiento, disminuyendo considerablemente la presión del plazo actual y logrando el mismo efecto que la primera medida.

Ahora bien, debido al hecho de que en realidad esta primera etapa no tiene como objetivo una investigación a fondo sino únicamente la obtención de indicios suficientes, y que con base en las experiencias actuales de la Comisión se puede presumir que la obtención de nueva información implicaría una prolongación demasiado amplia de esta etapa, la lógica parece indicar que la segunda solución sería la más óptima para este problema; y en cuanto al nuevo plazo, en mi opinión la ampliación justificable sería de cinco días más, por lo que quedaría en veinte días. Me parece que a pesar de ser un cambio menor, esta ampliación es suficiente para analizar con mayor lógica y detenimiento la admisión de casos, lo cual como ya se ha mencionado haría más eficaz el uso de recursos y el desempeño de la Comisión.

IV. h. El plazo del art. 34 bis de la Ley: El problema de este plazo es primero su brevedad y segundo el hecho de que en el encuadran múltiples actuaciones con características y complejidades diferentes. Para este problema también parecen existir dos soluciones

evidentes. Se podría aumentar ese plazo general de cinco días, para lo cual yo propondría que quedara en diez días, ya que debido a su brevedad se tendría que aumentar por lo menos al doble para que implicara un verdadero cambio, o se podría establecer un plazo específico para aquellas actuaciones que en realidad presentan una complejidad distinguible. Ahora bien, tomando en consideración que ese plazo general tiene el propósito de llenar cualquier vacío legal en cuanto actuaciones y también busca incentivar el impulso que da la Comisión a los casos, parecería más prudente mantener ese plazo de cinco días a favor de los agentes y únicamente establecer plazos diferentes en ley para actuaciones en materias complejas como las de confidencialidad y de reiteramiento, entre otros.

IV. i. El problema de la caducidad: Este problema tiene cierta dependencia a la solución que pueda darse al conflicto de las carencias orgánicas, mencionado anteriormente ya que el plazo establecido en el artículo 34 bis 3 sólo afecta realmente a la competencia en la medida en la que la Comisión falle en actuar, lo que sin duda depende de su capacidad institucional. Se sabe que este artículo tiene una lógica a favor de la seguridad de los agentes, pero por otro lado, tomando en consideración el hecho de que la mayoría de las prácticas que afectan a la competencia se realizan de forma continuada, además de que presentan efectos para la competencia por mucho más de cinco años, sería razonable aumentar este plazo aunque sea en una medida corta de tres años, por lo que el plazo quedaría en ocho, y considerar la posibilidad de que se haga una precisión en la Ley que especifique el inicio del plazo de caducidad “desde la realización del último acto de ejecución”, o en su caso que la CFC de una interpretación amplia al artículo en el sentido anterior.

IV. j. El problema de la ejecución de las medidas de apremio: Este problema tiene por lo menos dos causas aparentes. La primera es la carencia regulatoria ya que en realidad no existen normas específicas que desarrollen la ejecución de los medios de apremio, sino que actualmente sólo dependen de un acuerdo. En cuanto a este punto la propuesta sería incluir la ejecución de estas medidas en el artículo 64 del reglamento, que en mi opinión sería la forma más simple, o en su defecto crear un artículo aparte para ellas. La segunda causa es el desvanecimiento de incentivos, y para resolverlo se deben de considerar a todas las autoridades que intervienen en la ejecución, este problema podría evitarse con una mayor coordinación entre autoridades que permita a la Comisión una participación más activa en la ejecución, esto respaldado con los cambios que puedan hacerse sobre las oficinas regionales y la posibilidad de una ganancia limitada y justificada respecto de esas multas, lo cual se mencionó en la parte orgánica. Por otro lado, una vez hechas las modificaciones en ley, se podría contar con el apoyo de la fuerza pública y de otras autoridades administrativas para la ejecución de las medidas de apremio, lo cual sin duda mitigaría el problema.

Conclusiones

México, al ser un país en vías de desarrollo, debe poner especial atención en el impulso de su competencia económica, ya que en ella existen muchos sectores controlados por un número pequeño de agentes, así como mercados cuyas particularidades no han sido ampliamente examinadas. A través de este trabajo se ha podido comprobar que efectivamente la Comisión Federal de Competencia enfrenta en la actualidad fuertes limitaciones en cuanto a sus medios para adquirir y utilizar información, así como diversos problemas relativos a sus procedimientos.

Esto es grave debido a que el control de la competencia en México depende prácticamente en su totalidad de la CFC, y su buen funcionamiento parte de un conocimiento acertado sobre los agentes, el mercado y sus interacciones. Debido a esto la información tiene un papel central, sobre todo en la primera fase de investigación, así como en el uso posterior que se le pueda dar. Si se presentan problemas en la primera etapa, es lógico que esos problemas se arrastren en los procedimientos que le siguen, es por eso que es tan importante corregir todas las trabas que afecten la adquisición y el uso de información de la Comisión, para lo cual se hicieron algunas propuestas en este trabajo.

Sin embargo, esta tesina no pretende cubrir todo el campo de operación de la Comisión ni de la competencia nacional. La CFC opera a través de múltiples etapas, tiene diversas facultades y se involucra en varios sectores de la económica, en los cuales puede estar experimentando otras trabas o puede haber nuevas oportunidades de crecimiento. A su vez, en México existen una infinidad de agentes y mercados con características particulares, los cuales incrementan cada año, por lo que el campo de estudio es inmenso.

A nivel internacional, cada país ha hecho diferentes adaptaciones bajo sus propias características por lo que las soluciones a problemas similares han sido muy diversas alrededor del mundo y las agencias regulatorias de cada Estado cada vez muestran un mayor interés en compartir sus experiencias y adaptar nuevos cambios para estar a la vanguardia, por lo que México no se puede quedar atrás.

Por otro lado las recientes reformas a la Ley dejan nuevas interrogantes teóricas y prácticas: ¿Como funcionaran y qué papel tendrán en las investigaciones las visitas de verificación? ¿Qué uso se les dará a las audiencias orales? ¿Qué tanto se utilizarán las nuevas facultades sobre opiniones? ¿Cómo se ajustaran al sistema los criterios técnicos y lineamientos? ¿Qué papel tendrán los juzgados de distrito y tribunales especializados en materia de competencia económica en relación con el Pleno de la Comisión? Y ¿Cómo funcionará el poder sustancial conjunto?

A su vez, el nuevo reglamento se encuentra en proceso de elaboración y aún no se sabe en qué forma se adaptará a la nueva ley y si se modificará para resolver algunos de los problemas que ha venido arrastrando desde el dos mil siete.

Finalmente, no cabe duda que la Comisión y la competencia nacional atraviesan por una etapa de importantes cambios en los que cada decisión que se tome puede ser crucial para el futuro, por lo que también es fundamental realizar nuevos análisis y hacer nuevas propuestas que permitan un verdadero desarrollo.

Bibliografía

- Brusick, Philippe, Ana María Álvarez, Lucian Cernat, y Peter Holmes. *Competition, Competitiveness and Development: Lessons from Developing Countries*. United Nations, Geneva, 2004.
- Sánchez Ugarte, Fenando, Pascual García Alba Induñate, Javier Aguilar Álvarez de Alba, Fernando Heftye Etienne, Martín Moguel Gloria, y Sergio Sarmiento Fernández de Lara. *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*. Comisión Federal de Competencia, México, 2003.
- Fernández Ordóñez, Miguel. *La competencia*. Alianza Editorial, Madrid, 2000.
- González de Cossío, Francisco. *Competencia Económica, aspectos jurídicos y económicos*. Editorial Porrúa, México, 2005.
- Gellhorn, Ernest, William Kovacic y Stephen Calkins. *Derecho y Economía de la Competencia*. Thomson/West, 5ª edición, México, 2004.
- González Watty, Andrés. *La intervención del poder judicial de la federación en la implementación de la política de competencia económica en México por medio de la revisión judicial a través del juicio de amparo*. CIDE, México 2007.
- Kolasky J. William. *What is Competition?* Department of Justice, in the Seminar on Convergence, Netherlands, 2002.
- Martín Mateo, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*. Aranzadi, 23ª edición, Navarra 2004.
- OCDE. *Derecho y política de la competencia en América Latina, exámenes inter pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú*. 2006.
- Pereznieto Castro, Leonel. *Derecho de la Competencia Económica*. Oxford University Press, 2002.
- Petrecolla, Diego. *Mejoras prácticas en materia de defensa de la competencia en Argentina y Brasil: aspectos útiles para Centroamérica*. CEPAL- Serie estudios y perspectivas N° 72, México 2007.
- Roldán Xopa, José y Mena Labrthe Carlos. *Competencia Económica, estudios de derecho, economía y política*. Editorial Porrúa, México, 2007.
- Silva Pérez, Enrique. *Análisis crítico de la política normativa de competencia económica*. ITAM, México, 2006.

- Sánchez Ugarte, Fernando. *Análisis Económico de la Legislación Federal de Competencia, competencia económica en México*. Editorial Porrúa, México, 2004.
- Witker, Jorge. *Derecho de la Competencia en América, Canadá, Chile, Estados Unidos y México*. Fondo de Cultura Económica, Chile 2000.

Leyes, reglamentos y lineamientos

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*
- *Ley Federal de Competencia Económica*
- *Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica*
- *Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia*
- *Criterios Jurisprudenciales y Tesis del Compendio normativo en materia de Competencia Económica*
- *Guía sobre confidencialidad, de la Comisión Federal de Competencia*
- *Multas como Medidas de Apremio, de la Comisión Federal de Competencia*