

Informe sobre consulta pública para la emisión de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica

Presentación

Este Informe se ha preparado en cumplimiento al principio de transparencia y acceso a la información; y en términos de lo dispuesto por los artículos 28, párrafo vigésimo, fracciones IV, VI y IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM); 12, fracción XXII, Transitorio Sexto de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE); y 53 de las Disposiciones Regulatorias de emergencia de la LFCE publicadas en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el ocho de julio de dos mil catorce, como parte del procedimiento de Consulta Pública al que la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) sometió su Anteproyecto de Disposiciones Regulatorias de la LFCE (ANTEPROYECTO) por un periodo de veinte días hábiles, que transcurrió del diez de julio al veinte de agosto de dos mil catorce (CONSULTA).

En dicho periodo, se recibieron sugerencias y comentarios al ANTEPROYECTO, todos ellos planteados con seriedad y en los que se establecen puntos relevantes. Las observaciones fueron presentadas por confederaciones patronales, colegios de profesionistas nacionales e internacionales, instituciones académicas, cerca de diez firmas de practicantes y algunos ciudadanos. En total, los comentarios recibidos suman más de 150 páginas.

La COFECE agradece a todos los participantes de la CONSULTA el tiempo invertido, la pertinencia de sus contribuciones y cada uno de sus comentarios y sugerencias. Hacemos un reconocimiento a todos los participantes que con su colaboración han permitido que esta CONSULTA haya sido exitosa y sobre todo, útil en el proceso de discusión que se está llevando a cabo para emitir las nuevas Disposiciones Regulatorias de la LFCE (DISPOSICIONES REGULATORIAS).

Derivado de este ejercicio de participación ciudadana, el ANTEPROYECTO sin duda será enriquecido con cambios y adiciones que permitirán a la COFECE cumplir con su misión constitucional de forma más eficaz en un marco de respeto a los derechos fundamentales. Asimismo, gracias a esta Consulta ha sido posible tener un acercamiento con la ciudadanía para dar a conocer y enriquecer la forma en que se hará uso de las atribuciones de la COFECE y su experiencia institucional.

Este documento, de conformidad con el artículo 53, fracción III, de las Disposiciones Regulatorias de la LFCE, publicadas en el DOF el ocho de julio de dos mil catorce, es un Informe sobre las

consideraciones generales de la COFECE a los comentarios recibidos durante la CONSULTA y muestra el peso que han tenido los comentarios en este proceso de creación normativa.

Debe aclararse que este Informe no representa una postura final ni vinculante respecto de estos comentarios, por lo que lo expresado en el mismo no necesariamente refleja el contenido que llegarán a tener las DISPOSICIONES REGULATORIAS.

Con el propósito de incentivar futuras participaciones y seguir contando con la perspectiva que brindan los colegios de profesionistas, las confederaciones patronales, las instituciones académicas, los practicantes y la ciudadanía, a continuación se detallan los aspectos relevantes que se plantearon en la CONSULTA y el mecanismo de análisis que se llevó a cabo al considerar las opiniones recibidas.

Análisis de las propuestas

De los 173 artículos que contenía el ANTEPROYECTO, 73 de ellos no recibieron comentarios específicos; es decir, el 42% de los artículos sometidos a CONSULTA no fueron comentados. El resto del articulado fue enriquecido con aportaciones relevantes que abordaron distintos aspectos jurídicos y económicos.

El mecanismo de revisión de los comentarios consistió en leerlos detenidamente, someterlos a un estricto análisis interno y determinar la forma más adecuada de incorporar aquellos que podrían contribuir con la mejora del ANTEPROYECTO.

Con esa finalidad y en aras de un mejor funcionamiento institucional, cada una de las propuestas fue considerada a la luz del marco normativo de competencia -en particular aquellas normas que establecen el objeto de la COFECE y de la LFCE- y analizada desde una perspectiva de derechos fundamentales. Dada la complejidad de la materia, se hizo especial énfasis en elementos que brindarían certeza jurídica a los sujetos a la LFCE.

Las contribuciones recibidas pueden ser clasificadas dentro de los siguientes temas:

I. Cuestiones generales

Una parte importante de los comentarios deriva de que algunos de los artículos propuestos en el ANTEPROYECTO podrían tener interpretaciones bajo las cuales han surgido preocupaciones. El estudio de dichas interpretaciones fue importante pues se identificaron riesgos tanto para los agentes económicos como para el buen funcionamiento de la COFECE. En atención a esto se han planteado aclaraciones en el lenguaje utilizado con el fin de impedir dichas interpretaciones y evitar los riesgos que conllevan.

En el mismo sentido, algunos participantes señalaron cuestiones de redacción que han permitido corregir y perfeccionar el texto del ANTEPROYECTO, contribuyendo así a un ambiente de mayor certeza jurídica para los gobernados.

II. Cuestiones constitucionales y legalidad

Muchos de los comentarios se refieren a riesgos identificados por los participantes en la CONSULTA respecto a: i) la posibilidad de que algunas normas del ANTEPROYECTO pudieran interpretarse como contrarias al texto constitucional o a las normas de la LFCE; y ii) la necesidad de que se incorporen en las Disposiciones Regulatorias algunos derechos fundamentales establecidos en la CPEUM.

El análisis de estas observaciones ha permitido realizar una revisión exhaustiva del ANTEPROYECTO a fin de identificar y en su caso, modificar aquellas disposiciones que efectivamente pudieran derivar en futuros planteamientos de inconstitucionalidad. Esta revisión ha implicado un esfuerzo por mantener la legalidad y la constitucionalidad de las DISPOSICIONES REGULATORIAS. Con ello, se ha tenido particular cuidado en respetar los principios establecidos en la CPEUM, no vulnerar derechos fundamentales así como en no ir más allá de lo establecido en la LFCE, siempre bajo la premisa de que la COFECE no cuenta con facultades para pronunciarse respecto de la inconstitucionalidad de normas o sobre la interpretación de los límites y extensión de los derechos fundamentales.

III. Marco de análisis económico de la COFECE

Algunos participantes expresaron la necesidad de incluir determinados conceptos, definiciones o criterios específicos respecto del marco de análisis económico que debe realizar la COFECE en los procedimientos de competencia económica, tales como las reglas para analizar el poder sustancial (incluyendo barreras a la entrada y poder sustancial conjunto), el mercado relevante y los mercados relacionados, la determinación de Barreras a la Competencia y la Libre Concurrencia o los insumos esenciales.

Principalmente, estas preocupaciones se refieren a la necesidad de evitar un grado de discrecionalidad de la autoridad que pudiera atentar contra la seguridad jurídica de los agentes económicos. El análisis de esos comentarios ha contribuido a la discusión del ANTEPROYECTO, ya sea precisando aquellos conceptos y criterios que se han estimado confusos o buscando alternativas para evitar que se pueda entender que existe arbitrariedad en la actuación de la COFECE. Igualmente, muchos comentarios han planteado la posibilidad de que ciertas herramientas puedan establecerse en instrumentos distintos previstos por la LFCE, como lineamientos, guías o criterios técnicos.

IV. Preocupaciones con respecto a las facultades incrementales

De forma similar, algunos participantes revelaron preocupaciones específicas respecto de las nuevas facultades incrementales derivadas de la CPEUM, particularmente aquéllas que se refieren a regular el acceso a insumos esenciales y ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia. Al respecto, se recibieron comentarios relativos a la necesidad de establecer estándares en la aplicación de medidas correctivas en términos de lo establecido en el artículo 94 de la LFCE.

Ante estas propuestas, se ha discutido la posibilidad de incluir normas que limiten la posibilidad de una actuación arbitraria por parte de la COFECE, estableciendo un equilibrio entre la necesidad de garantizar la eficiencia en los mercados y la afectación generada a quienes sean sujetos de las medidas correctivas que correspondan.

V. De los procedimientos regulados en la LFCE

Los comentarios recibidos sobre estos temas se están analizando con el fin de crear una base común que sirva a todos los procedimientos de la COFECE, buscando tanto su eficacia como la seguridad jurídica de los particulares.

Algunos participantes presentaron observaciones generales con preocupaciones sobre la claridad de los procedimientos seguidos ante la COFECE o sobre la protección de ciertos derechos de defensa. Otros expresaron interpretaciones de la LFCE a través de las cuales observan cargas excesivas dentro de los procedimientos seguidos ante la COFECE, por ejemplo, al interpretar el concepto de “*perito traductor*” en términos del artículo 113 de la Ley.

Ante la importancia que la COFECE da a estas observaciones, se han sometido a discusión diversas soluciones que podrían permitir una mayor certeza respecto de requisitos, términos y plazos que deben observarse en cada procedimiento. Igualmente, se está analizando la posibilidad de incluir conceptos o categorías que eviten costos desproporcionados o innecesarios en el desahogo de estas vías procedimentales.

También se han señalado situaciones respecto de las cuales los participantes observan poca certeza al no identificar consecuencias procesales claras. En virtud de estas contribuciones, se han considerado modificaciones aplicables a los procedimientos con el fin específico de evitar posibles “lagunas” de regulación.

Se está haciendo un esfuerzo por atender a las preocupaciones manifestadas por los participantes de la CONSULTA en cuestiones de trámite que en apariencia son simples pero con trascendencia en el procedimiento, como el qué hacer cuando no se acredita la personalidad en el primer escrito;

cómo, cuándo y quién puede tener acceso a los expedientes tramitados ante la COFECE o la solicitud de copias de las constancias que los integran.

El mismo caso del párrafo anterior aplica respecto del desahogo de ciertas pruebas -como la pericial y la inspección-, el establecimiento de plazos específicos no contemplados por la LFCE, así como preocupaciones sobre las reglas que se tienen para la realización de incidentes o audiencias orales. La COFECE considera indispensable atender estos comentarios a fin de precisar las reglas de cada una de las etapas de estos procedimientos.

VI. Concentraciones

La perspectiva de quienes tramitan estos asuntos desde el sector privado fue particularmente útil, pues permitió a la COFECE analizar situaciones en donde la carga para los agentes económicos era excesiva o las obligaciones impuestas parecían ser poco claras.

En general, se plantearon observaciones generales en aspectos como (i) la publicación de métodos de cálculo para determinar el grado de concentración; (ii) la eliminación del criterio de “*mejoras permanentes*” en el mercado como requisito para demostrar eficiencias; (iii) la posibilidad de realizar transacciones condicionadas a la autorización de la COFECE en términos de la fracción I del artículo 87 de la LFCE; y (iv) dar certeza respecto de la interacción entre la COFECE y los agentes económicos a efecto de estar en posibilidad de presentar condiciones.

Vistas las sugerencias y comentarios, se está discutiendo la posibilidad de realizar modificaciones al ANTEPROYECTO en esos aspectos. Resulta particularmente relevante aclarar el procedimiento de acercamiento de los particulares con la COFECE, de manera que los procesos para la determinación de condiciones resulten más claros y se permita a los notificantes de una concentración conocer las preocupaciones preliminares de la autoridad.

Asimismo, se ha contemplado la incorporación de supuestos que faciliten el trámite de las notificaciones de concentración y que incluso han formado parte de la práctica de la COFECE. Se considera importante determinar cuestiones como quién debe notificar cuando se trata de grupos económicos o qué reglas deben seguirse para notificar transacciones donde participen empresas que coticen en bolsa.

En cuanto a otros comentarios recibidos en materia de concentraciones, debido a la especificidad de las ideas contenidas en los mismos, se ha planteado la posibilidad de que deban abordarse en instrumentos distintos previstos por la LFCE (lineamientos, guías o criterios técnicos). Un ejemplo de estas ideas es la de dar cierto contenido al concepto de “*control*” en concentraciones.

VII. Investigaciones

Con respecto a los procedimientos de investigación, fueron recibidas diversas aportaciones que permitirían mejorar la redacción del ANTEPROYECTO y definir con claridad algunas situaciones tanto procesales como sustantivas.

Desde el punto de vista sustantivo, se ha discutido la modificación de diversos artículos para asegurar que: (i) no se confundan los indicios para iniciar una práctica monopólica absoluta con la práctica misma, evitando una interpretación en la que pueda parecer que se tipifican conductas en las DISPOSICIONES REGULATORIAS; (ii) no se pierda de vista que la etapa de investigación tiene una naturaleza distinta al procedimiento seguido en forma de juicio; y (iii) se precisen las reglas para la aplicación del beneficio establecido en el artículo 103 de la LFCE.

Desde la perspectiva adjetiva, las aportaciones pueden servir como base para mejorar la redacción o plantear la modificación de ciertas disposiciones. Se ha analizado la inclusión de cambios para dar certeza sobre situaciones comentadas durante la CONSULTA y que pueden darse durante el desahogo de una investigación. Por ejemplo, tratándose de la práctica de visitas de verificación, la realización de comparecencias, la emisión de requerimientos de información o de citaciones para declarar.

Asimismo, un punto trascendental derivado de las contribuciones fue la forma en la que los denunciantes de investigaciones por prácticas monopólicas o de concentraciones ilícitas pueden coadyuvar con la COFECE. Se han contemplado diversas alternativas para determinar los medios más adecuados de participación de estos denunciantes, tomando en consideración lo que se señala en el artículo 134 de la LFCE.

VIII. Nuevos procedimientos

Derivado de los cambios recientes en el marco normativo en materia de competencia, hay varios procedimientos nuevos cuya regulación específica no fue contemplada en el ANTEPROYECTO. Al respecto, se analizaron sugerencias concretas que han llevado a la COFECE a considerar oportuno dar a estos procedimientos un contenido más completo.

Por ello se encuentra en discusión la necesidad de incluir normas relativas a procedimientos en materia de solicitudes de opinión formal, emisión de estudios, de opiniones no vinculantes y solicitudes de caución en caso de medidas cautelares.

IX. Sanciones

La propuesta de regulación de las sanciones contenidas en la LFCE también generó comentarios. Éstos han contribuido a buscar alternativas que permitan formular criterios respecto de la imposición de las sanciones y su aplicación conforme al principio de proporcionalidad.

Una preocupación común entre varios participantes en la CONSULTA se refiere a la posibilidad de sancionar con inhabilitación a funcionarios de los agentes económicos en términos del artículo 127, fracción X, de la LFCE. Se está estudiando la posibilidad de incorporar estándares claros para la aplicación de esta sanción con el fin de mantener congruencia con los criterios de seguridad jurídica y debido proceso.

Consideraciones finales

Como se ha expresado, todas las consideraciones contenidas en este documento están siendo analizadas por la COFECE a la fecha de publicación del presente Informe, en el entendido de que el documento definitivo de DISPOSICIONES REGULATORIAS objeto de este proceso de CONSULTA se encuentra en proceso de elaboración para votación del Pleno de la COFECE. Así, se espera contar próximamente con un documento enriquecido por esta CONSULTA.

La COFECE reitera su agradecimiento a todos aquellos que enviaron comentarios dentro del periodo de CONSULTA por haber realizado notables aportaciones dentro de sus ámbitos de experiencia, gracias a las cuales se ha fortalecido la experiencia institucional y se ha reforzado la unión entre sectores público y privado en materia de competencia económica. El documento que resulte de este proceso será producto de esta interacción ejemplar.