



Centro de Estudios Espinosa Yglesias

Evaluación del Desempeño de los Órganos Reguladores en México

Dra. Patricia Armendáriz Guerra
Lic. José Luis Bracho Ortiz
Lic. Carlos Casasús
Dr. Jorge Chávez Presa
Mtro. Vicente Corta Fernández
Dra. Josefina Cortés Campos
Dr. Pablo de Larrañaga Monjaraz
Mtro. Jaime Deschamps González
Dr. Ernesto Flores Roux
Mtro. Luis Foncerrada Pascal
Dr. Pascual García Alba
Dr. Adalberto García Rocha
Lic. Jorge Gaxiola Moraila
Dr. Christian González
Dra. Miriam Grunstein Dickter
Dr. César Hernández
Lic. Francisco Lelo de Larrea
Dr. Sergio López Ayllón
Dra. Judith Mariscal Avilés
Dr. Roberto Newell García
Lic. Raúl Necedal Moncada
Lic. Lucía Ojeda Cárdenas
Dr. Víctor Pavón Villamayor
Lic. Ernesto Piedras
Dr. José Roldán Xopa
Dr. Juan Rosellón Díaz
Dr. Fernando Salas
Dr. Pedro Salazar Ugarte
Dr. Álvaro Sánchez González
Mtro. Benito Solís Mendoza

México DF, octubre a diciembre de 2009

Centro auspiciado por la Fundación Espinosa Rugarcía 

Las Flores 64 A, Col. Tlacopac, Álvaro Obregón, México, D.F. 01040 • T (52) 55 5660 8031 • F (52) 55 5660 8051 • www.ceey.org

Índice

| | | |
|-------|---|----|
| I. | Objetivo..... | 2 |
| II. | Introducción..... | 3 |
| III. | Procedimiento de evaluación..... | 4 |
| IV. | Criterios de integración del grupo de evaluadores..... | 11 |
| V. | Premisas de la evaluación del desempeño de los órganos reguladores..... | 15 |
| VI. | Criterios generales y rubros de evaluación específicos..... | 25 |
| VII. | Discusión general sobre la evaluación de los órganos reguladores en México..... | 29 |
| VIII. | Evaluación de la Comisión Federal de Competencia..... | 33 |
| IX. | Evaluación de la Comisión Federal de Telecomunicaciones.. | 54 |
| X. | Evaluación de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.. | 71 |
| XI. | Evaluación de la Comisión de Regulación de Energía..... | 89 |

Objetivo

En el año 2006, el Centro de Estudios Espinosa Yglesias (CEEY) inició el proyecto Evalúa y Decide con la valoración de las propuestas de los candidatos a la Presidencia de la República, y ha continuado de manera permanente con la evaluación de iniciativas de reformas legislativas, a través de la convocatoria a paneles de expertos en los que se basan las evaluaciones. En este marco, en el 2009 inicia un nuevo proyecto que tiene como propósito evaluar el desempeño de los Poderes Federales, de algunos de los órganos reguladores más relevantes y de otras instituciones del Estado.

El enfoque de estas evaluaciones ubica al ciudadano como justificación y objetivo de toda acción pública. Asimismo, considera a las funciones de los órganos reguladores como aquéllas llamadas a incidir directamente en el bienestar de los ciudadanos-consumidores. En este sentido, para fines de este estudio se considera que una de las principales razones que justifican la creación de órganos reguladores independientes para determinados sectores de la economía es promover el interés general a través de una mayor competencia y de mejorar el funcionamiento de los servicios públicos, con base en criterios objetivos de carácter técnico (económicos, jurídicos y políticos).

Introducción

El CEEY asume como uno de sus objetivos centrales el coordinar las evaluaciones del desempeño y de la puesta en marcha de diversas acciones por parte de los distintos Poderes Federales y dependencias del Estado mexicano, así como de iniciativas de reformas legislativas, a través de la convocatoria a paneles de expertos. Lo anterior desde una perspectiva ciudadana, esto es, ofreciendo a la población mexicana información que sustente su potencial comunicación con los diseñadores institucionales y ejecutores de las políticas públicas, para lograr que el diseño, operación y resultados de éstas sean más sólidos y efectivos.

Así, el proyecto de evaluación legislativa, de políticas públicas y de desempeño institucional es un medio del CEEY para cumplir su misión de fomentar la discusión seria de temas públicos, evaluar el desempeño de autoridades y promover políticas más sólidas y eficaces. La intención de estos ejercicios es presentar a la sociedad, y a las propias autoridades, una evaluación objetiva que les permita tomar decisiones tanto de corte electoral, como para el rediseño y la eventual orientación de la legislación, de las prácticas institucionales y de las políticas públicas.

En este marco, el Centro lleva a cabo sus diversas evaluaciones poniendo al escrutinio de páneles amplios, plurales e incluyentes --conformados por expertos (académicos, consultores, funcionarios y miembros de organizaciones civiles) reconocidos en su medio--, las distintas iniciativas, propuestas, reformas, programas y acciones emprendidas que, en mesas de análisis, se discuten y evalúan.

Procedimiento de evaluación

El Centro ha desarrollado una técnica que permite ocuparse del análisis y valoración cualitativa de un problema complejo, a través de un debate que busque consensos robustos o la definición precisa de los disensos en lo que corresponde a una valoración de las instituciones públicas y de la ejecución de políticas, así como del contenido y aplicabilidad de las iniciativas de ley. Este proceso contiene dos partes: una cualitativa y una cuantitativa. La primera es expresada en los argumentos de los evaluadores que se registran; cuando hay consenso, éste ocurre gracias a la convergencia del panel colegiado, pero cuando hay diferencias en el texto del reporte se recogen las distintas posiciones. Por otro lado, la parte cuantitativa se expresa en una calificación numérica respecto de las cuestiones específicas de la evaluación.

Este método tiene similitud con algunos elementos del DELPHI de investigación cualitativa, no obstante el método desarrollado y aplicado por el CEEY es diferente y se compone de las siguientes partes:

El referente o planeamiento de evaluación

El referente es el compromiso ante los ciudadanos, así como los resultados e impacto (existentes o predecibles) de las políticas públicas y de las iniciativas de ley. Asimismo, se tiene como referente de la evaluación del desempeño la retórica, objetivos y metas propuestas.

Así, para efectos de la valoración, se parte siempre de referentes establecidos por la definición de los compromisos políticos adoptados ante los ciudadanos por los responsables de la ejecución de un programa de gobierno o bien por aquéllos planteados en el diseño de las iniciativas, instituciones y reformas de ley. También se incluyen en esos referentes los datos estadísticos disponibles públicamente (incluyendo aquéllos publicados por el propio Gobierno

Federal, agencias, institutos académicos, y organismos internacionales, entre otros muchos otros).

Estos materiales se organizan temáticamente y se integra la carpeta básica de la evaluación (planteamiento y referente de la evaluación). Con respecto a áreas, temas, subtemas, objetivos, metas y criterios se define un guión de trabajo que marcará las pautas de discusión para el planteamiento de los argumentos de los expertos para la construcción del análisis o evaluación cualitativa.

El análisis o evaluación cualitativa

Con base en la información presentada en la integración de las carpetas por área, ámbito o tema de evaluación, que representan en su conjunto el planteamiento del ejercicio, los expertos integrados en paneles de discusión proceden a preparar los argumentos de la evaluación. Para formarse un criterio al emitir su calificación, los evaluadores consultan la carpeta de evaluación que se les envió con la debida antelación. También juega un papel relevante en la discusión su experiencia académica y profesional. El porcentaje de la calificación que corresponde a cada criterio, subtema o función podrá ser ponderado de acuerdo a la decisión de los evaluadores durante la sesión. Justo porque la evaluación tiene como fundamento la reunión de un panel de expertos, las ponderaciones se otorgan de acuerdo al propio criterio de los evaluadores.

El proceso de análisis o argumentación de la evaluación se construye en varias etapas:

Primera, la aceptación de la información por cada uno de los expertos. En caso de que alguno de ellos aporte mayores elementos, textos, evidencias o información estadísticas, éstas se agregan a las carpetas de todos los panelistas. La

carpeta es el fundamento del planteamiento o referente, a partir de la cual se lleva a cabo la reunión con los expertos organizados en paneles por área, tema o asunto legislativo o de política pública.

Segunda, se realizan reuniones de discusión con la participación de todos los expertos. Con base en el guión que resultó de la organización de la información resultante del análisis del contenido de los documentos del referente. Se integra e identifican los diferentes subtemas y rubros que representan el nivel más específico de descripción de las diversas instituciones, políticas o iniciativas de ley. El conjunto de rubros integran las acciones de cada una de las políticas o legislaciones bajo estudio y se definen por los criterios, metas y objetivos específicos de cada subtema, el conjunto de ellos integra cada uno de los temas del área o legislación correspondiente.

En estas reuniones se identifican los argumentos para valorar el referente, se debaten las diferentes posiciones y se busca llegar a un consenso prácticamente inequívoco en el razonamiento de cada uno de los elementos del guión. Los consensos que se obtienen de la discusión y análisis no son casuales, por el contrario, son muy robustos y concluyentes, justamente en razón de la convergencia que se da en el ámbito del panel colegiado.

La idea es que la minuta o primera versión del reporte de análisis exprese la pluralidad y diversidad de argumentos, por lo que la aprobación del texto final no implica que se aprueben las ideas con las que no se concuerda, sino que se pretende que el texto exprese todos los puntos de vista que fueron vertidos. Por tanto la aprobación significa el reconocimiento de que los argumentos que cada uno de los evaluadores quedó registrado.

Calificación cuantitativa

La evaluación cuantitativa tiene el propósito de concretar la evaluación, se emite una calificación numérica de la evaluación del referente en su conjunto, pero también de cada tema y subtema; todas ellas siempre consistentes con el resultado de la evaluación cualitativa. La calificación se construye teniendo como unidad de medida los criterios y la ponderación consensada por los evaluadores.

Sobre cada criterio cada panelista emitirá un voto. Cabe destacar que cada una de las áreas y temas ha sido diseccionada para su análisis en subtemas y rubros. Es a estos últimos a los que se les aplican los criterios de evaluación.

Los panelistas emiten un voto para cada criterio en cada rubro en una boleta de evaluación. El promedio de los votos dará una calificación del rubro. A su vez el promedio de los rubros dará automáticamente el promedio del voto en el subtema. Estos podrán tener una ponderación para la calificación del tema, cuando se considere que alguno de ellos debe tener mayor peso en el total por ser más importante que otros. Por tanto podrán ponderarse para lograr la calificación final o bien tomarse con el mismo peso en la evaluación del tema.

Una vez ubicados los consensos o las diferencias de opinión acordados por el panel, los argumentos son registrados en la minuta inicial de la discusión. Posteriormente se emite de inmediato una calificación en cada rubro.

Procesado el resultado, éste se dará a conocer y el panel decidirá si existe o no consistencia de su calificación numérica con su evaluación cualitativa. Si existe consistencia entonces el resultado cuantitativo quedará conforme al método de evaluación. En caso de que el panel decida que no existe tal consistencia, entonces procederá a ajustar la calificación cuantitativa global por tema o aspecto, señalando en qué criterio debe haber el mayor ajuste. El CEEY entonces ajustará los

resultados a esta decisión para asegurar la consistencia entre el resultado cuantitativo y cualitativo del panel, privilegiando los argumentos dados en la discusión cualitativa.

La calificación en cada rubro es aplicada por cada panelista en una escala de 1 a 5, donde 1 es la calificación más baja, 3 es la mediana y 5 es la más alta. Más que numérica es una valoración de calidad en los términos de: mala con 2, regular con 3 y buena con 4, muy mala es 1 y muy buena es 5. Una vez obtenida la calificación el panel aprueba el resultado numérico que no se cambia después.

Durante la sesión se sigue la regla del panel de evaluación del CEEY, que es una variante de la Regla de Chatham House; esto es, se acuerda guardar reserva sobre la identidad y filiación institucional de quien emite una opinión, pero sí se conoce la identidad de quienes forman parte del panel. Los evaluadores determinan una calificación para cada criterio de calificación en los rubros de cada subtema, al promediarlos con la ponderación que acuerdan los panelistas se obtiene la calificación del correspondiente subtema y de cada tema. Estas calificaciones se multiplican por dos, para tener los resultados finales en una escala numérica del 0 al 10.

Como se ha señalado, la evaluación de cada criterio también se realiza en forma cualitativa, mediante el registro en el texto de los argumentos del consenso o del disenso, que son grabados y retomados por dos redactores de la minuta de la discusión en cada panel. La argumentación recogida por escrito es, seguramente, el elemento más relevante de la evaluación, ya que manifiesta las razones de los acuerdos y de los disensos, así como, en última instancia, el sentido y las magnitudes de la evaluación cuantitativa.

La síntesis, integración del reporte

Una vez concluida la reunión del panel, después de varias rondas de intervención por cada tema, ámbito o subtema -según lo define la propia discusión de los participantes-, se redacta el primer borrador del reporte para la aprobación de cada uno de los panelistas. Después de una primera ronda de correcciones, adiciones o precisiones por parte de los panelistas, se hace una segunda redacción que se distribuye nuevamente entre los participantes. Se llevan a cabo tantas rondas como sean necesarias para que los expertos aprueben el texto final.

Generalmente, en la tercera versión los panelistas agregan las últimas correcciones y emiten su voto aprobatorio del reporte de la evaluación. Ahora bien, dado que intercambio de ideas en la primera reunión puede llegar a resultar insuficiente, es posible complementar la discusión mediante observaciones y agregados de ideas por escrito que, en su caso, se suman en las rondas de redacción del reporte final, siempre sobre la base de la discusión y acuerdos de la reunión inicial. Así mismo, si las aportaciones son diferentes a las presentadas en la primera reunión, es posible sugerir una segunda reunión del panel.

La redacción de los reportes está a cargo del equipo de coordinación de la evaluación. Se tiene especial cuidado de no imponer o inducir a quien redacta el reporte del ejercicio ni preconcepciones ni la opinión personal del equipo coordinador. Se buscan las razones de las diferencias de opinión, por lo que es preciso investigar suficientemente los desacuerdos, sus bases y principios, y si se detecta que hay contradicción o incompatibilidad en el juicio, el reporte se limita simplemente a registrar la contradicción o el disenso. Se busca ser riguroso con el registro de posiciones para, en su caso, mostrar las posibles coincidencias de juicio. Si las hay, se debe presentar la pluralidad de los planteamientos de los que proceden. En este sentido, aunque es preciso tener en cuenta que los desacuerdos son, en ocasiones, difíciles de manifestar, incómodos e, incluso, políticamente

infranqueables, el valor de la pluralidad de opinión depende de evitar la aparición de sesgos en la información disponible en el panel; de modo que dada la heterogeneidad en la conformación de los paneles, los consensos obtenidos resulten sólidos y ampliamente significativos y que, en la medida de lo posible, se transparenten los desacuerdos de la manera más nítida y fructífera posible.

Criterios de integración del grupo de evaluadores

Un aspecto relevante es la selección del panel de expertos. Con ellos se debe conseguir su compromiso de colaboración, motivar su interés y dedicación de tiempo al proyecto. Por ello, como se ha señalado, las personas elegidas no sólo deben ser expertas en los temas del estudio, sino que los paneles deben integrarse con base en la pluralidad en sus perspectivas.

Como se ha apuntado, esta pluralidad de puntos de vista tiene por objeto evitar la aparición de sesgos en el resultado del panel derivados de la información disponible para los miembros de cada panel. En este sentido, para cada proyecto, ámbito o motivo de evaluación se suelen seleccionar en promedio entre ocho y catorce panelistas, aunque en el presente estudio, debido al carácter técnico especializado de los órganos evaluados, la composición del panel de expertos ha superado considerablemente estas cifras.

Todos los panelistas cumplen con los siguientes requisitos:

1. Deben ser expertos en el área de estudio, aunque con posiciones diferentes debido al enfoque de sus ideas y a su experiencia.
2. Deben componer un grupo diverso en lo relativo al origen de su formación académica y respecto a su área de desempeño profesional; por lo que un panel pueden integrarse, por ejemplo, por académicos, empresarios, consultores, personas en retiro, periodistas o funcionarios.
3. No necesariamente tienen que conocerse entre sí, aunque tratándose de un grupo integrado por especialistas, no es inusual que sea el caso.
4. Deben ser profesionales actualizados en conocimiento del área o tema. Este hecho debe quedar acreditado por su actividad profesional, sus publicaciones o su participación notable en los debates públicos en la materia.

5. Los panelistas deben estar dispuestos a dedicar varios días de su tiempo para dar atención al proceso.
6. Los panelistas deben estar dispuestos a ser parte del grupo diverso, con disposición a respetar y tolerar las posiciones de los otros participantes, así como tratar de contribuir a los argumentos cualitativos de la evaluación con posiciones racionales y objetivas.

Una vez integrado cada uno de los grupos se debe explicar a los expertos en qué consiste el método. Con esto se pretende conseguir la obtención de previsiones fiables, pues los expertos conocerán en todo momento cuál es el objetivo de cada uno de los procesos que requiere la metodología.

En el caso de la evaluación del desempeño de los Órganos Reguladores, se estableció el proceso en dos etapas. El presente reporte es el resultado de ambas rondas de evaluación. Los distintos paneles –uno general y uno específicos para cada órgano regulador- se conformaron con los siguientes integrantes:

Patricia Armendáriz

José Luis Bracho Ortiz

Carlos Casasús

Jorge Chávez Presa

Vicente Corta Fernández

Josefina Cortés

Pablo de Larrañaga Monjaraz

Jaime Deschamps González

Ernesto Flores Roux

Luis Foncerrada

Pascual García Alba

Adalberto García Rocha

Jorge Gaxiola Moraila
Christian González
Miriam Grunstein Dickter
César Hernández
Francisco Lelo de Larrea
Sergio López Ayllón
Judith Mariscal Avilés
Roberto Newell García
Raúl Necedal Moncada
Lucía Ojeda Cárdenas
Víctor Pavón Villamayor
Ernesto Piedras
José Roldán Xopa
Juan Rosellón Díaz
Fernando Salas
Pedro Salazar Ugarte
Álvaro Sánchez González
Benito Solís Mendoza

La primera ronda de evaluación consistió en dos evaluaciones generales en las que, por un lado, se analizó y se precisaron los reactivos del cuestionario para la evaluación y, por otro, se hicieron planteamientos generales respecto de las distintas variables de evaluación para cada uno de los órganos reguladores. Estas reuniones tuvieron lugar los días 8 y 22 de octubre de 2009.

La segunda ronda de evaluación consistió en llevar a cabo cuatro evaluaciones específicas -una por cada uno de los órganos reguladores-. Estas mesas de discusión tuvieron lugar en las siguientes fechas:

CRE - 23 de noviembre de 2009

CNBV - 25 de noviembre de 2009

CFC - 2 de diciembre de 2009

CFT - 7 de diciembre de 2009

Premisas de la evaluación del desempeño de los Órganos Reguladores

En las últimas décadas se ha desplegado un replanteamiento general de las funciones del Estado en la economía. En particular, este reacomodo ha venido a consolidarse con el surgimiento del llamado “Estado regulador” (Majone 1994) que, como expansión de políticas reformistas del Estado interventor originadas fundamentalmente en Europa y Estados Unidos, se ha extendido globalmente con especial recepción en América Latina, donde la conversión de las políticas regulativas en la dirección de la conformación de economías de mercado en las décadas de 1980 y 1990 fue prácticamente unánime (Levi-Faur y Jordana 2004).

En el caso de México, a partir de la década de 1980 se inició una progresiva transformación del modelo económico del desarrollo estabilizador –con una fuerte presencia de las empresas públicas en el sector productivo y un amplio conjunto de barreras a la competencia en mercados nacionales e internacionales- que en las décadas anteriores había permitido el crecimiento sostenido de la economía y el mejoramiento generalizado de las condiciones de vida de la población, pero que resultaba inviable ante las restricciones que la crisis económica imponía al desarrollo del país.

Así, siguiendo la estela de los primeros pasos en la dirección de la apertura de la economía hacia un modelo de economía de mercado –como, por ejemplo, la privatización de varias empresas públicas y el ingreso al Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT)-, en la siguiente década se llevó a cabo una segunda generación de políticas públicas orientadas hacia la adecuación del marco económico general en la dirección de una extensión y profundización de las prácticas de una economía de mercado –como, por ejemplo, la privatización de la gestión de ciertos sectores clave, como las telecomunicaciones y los servicios financieros, la ratificación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte

(TLCAN) y el ingreso a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)-.

En este contexto, en el ámbito de una reforma paralela de la Administración Pública tuvo lugar un conjunto de transformaciones normativas y organizacionales, con el propósito de adecuar la gestión pública a las nuevas funciones del Estado mexicano en el modelo económico emergente. De este modo, México inició su andadura hacia el horizonte de la integración de una economía de mercado abierta y, en consecuencia, el camino paralelo de la conformación de su propia versión del Estado regulador, mediante el establecimiento, entre otras, de cuatro piezas institucionales fundamentales encargadas de regular a los agentes relevantes en los mercados nacionales y que son el objeto de evaluación en este estudio: la Comisión Federal de Competencia (1992), la Comisión Federal de Telecomunicaciones (1995) y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (1995) y la Comisión Reguladora de Energía (1995).

Han pasado prácticamente tres décadas desde el inicio de la transición económica del país, y casi tres lustros desde que se estableciera en andamiaje normativo e institucional que estaba llamado a proveer una regulación eficaz de una “nueva” economía mexicana. Parece, pues, propicia una reflexión en torno a los resultados de estas transformaciones, en particular un balance de los logros y de los objetivos del Estado regulador mexicano. Dar lugar a esta reflexión es, precisamente, el objetivo del estudio.

Ahora bien, es importante resaltar que los órganos reguladores fueron creados en el marco de los diferentes entornos jurídicos, institucionales y administrativos tanto nacionales como del entorno internacional. Esta diversidad impide sugerir que exista un modelo necesariamente óptimo de rendición de cuentas. Por lo anterior, es que para fines de este estudio se concluyó más

productivo elaborar un marco general introductorio para evaluar su grado de rendición de cuentas con base en una serie de variables que podrían hacer que las comparaciones institucionales e internacionales fueran más significativas.

También resulta necesario advertir que prácticamente no existen estudios sistemáticos sobre los órganos reguladores en México y que los pocos esfuerzos que se han realizado distan mucho de constituir una masa crítica suficiente que permita evaluar tanto su diseño institucional y jurídico como su desempeño. Más aún, en México existe un gran número de órganos administrativos, desconcentrados o descentralizados, con funciones reguladoras, sin embargo, no todos pueden ser considerados como órganos reguladores independientes en sentido estricto, pues muchos de ellos no cuentan con la autonomía necesaria y están sujetos a principios de subordinación jerárquica respecto de los secretarios de Estado, o bien sus funciones están más orientadas a la administración de recursos o servicios que a la regulación propiamente dicha.

Las consideraciones anteriores dejan ver con claridad que el análisis ponderado de cualquier institución con funciones regulativas –y con más razón, cuando se trata de distintas instituciones- pasa necesariamente por establecer parámetros de análisis que, por un lado, sean relevantes para el tipo o clase de instituciones de que se trate pero, por otro lado, que no sean tan específicos o ad hoc como para que resulten no significativos en términos de comparación de los casos particulares con un estándar relativamente general (Minogue 2005 y Ogus 2002). En el tema de este estudio, atendiendo al aliento de que dio origen y que justifica la presencia de este tipo de entidades públicas en el sistema jurídico y de administración pública mexicanos, se toma como punto de partida la noción general de regulación como “la forma en la que el derecho expresa, organiza y limita las relaciones entre el estado y la economía en las sociedades de mercado” (Daintith 1997: 3), utilizando como referencia lo que podría ser un modelo estándar

de órgano regulador, resultan destacables tres aspectos mediante los cuales puede evaluarse el desempeño de los órganos reguladores: a) el diseño normativo de los órganos reguladores, b) los sistemas operativos de los órganos reguladores y la gestión de la regulación y c) la eficacia del órgano regulativo respecto de las políticas públicas.

a) Diseño normativo de los órganos reguladores. La evaluación en función del diseño normativo se dirige a las propiedades estructurales de los órganos reguladores; es decir, se trata de determinar si éstas satisfacen las condiciones mínimas necesarias y suficientes para alcanzar los objetivos explícitos de la regulación. Se trata, pues, de un análisis que se centra en la relación medio-fin (medios institucionales-fines institucionales), para el cual es necesario, primero, establecer los fines u objetivos que se persiguen mediante la creación y el sostenimiento de un órgano regulador y, segundo, los medios con los que cuenta éste para realizar tales fines.

En el modelo estándar de referencia, los fines de la regulación suelen recogerse bajo la noción de gestión de los fallos del mercado, donde la regulación se explica, y se justifica, “porque el régimen regulativo puede hacer lo que los mercados no pueden hacer” (Ogus 2002, en Morgan y Yeung 2007: 18). Existen, desde luego, distintas tipologías de los límites y/o de los fallos del mercado (Larrañaga 2009) pero, en términos generales, pueden recogerse bien en una noción amplia de regulación, que aborda las condiciones para y los costos de las transacciones sobre la base de sus efectos en el bienestar social –incluidos los valores que solemos recoger bajo la noción de justicia-, bien en una noción estricta de regulación, que aborda un conjunto de problemas típicos recurrentes en la operación del mecanismo de mercado y que, por consiguiente, se centra en las condiciones para la eficiencia social de los mercados en términos, por ejemplo, de su incidencia en el crecimiento económico o en la distribución de la renta (Laffont

2005). Un catálogo indicativo de los problemas a los que suele hacer frente la regulación en este contexto puede incluir, entre otros problemas: los monopolios y los monopolios naturales, las externalidades, la información insuficiente, el riesgo moral, la continuidad y disponibilidad de servicios, la desigualdad en el poder de negociación, competencia depredatoria, los bienes públicos y el riesgo moral, etc. (Baldwin y Cave 1999; Ogus 1992; Breyer 1982; Mitnick 1980).

Por motivos de concreción, el cuestionario que sirve como base de este estudio asume que la justificación de la regulación sobre la base de los concretos fines de la gestión de los fallos del mercado. De modo que en la formulación del cuestionario se asume que los fines generales de los órganos reguladores analizados es la gestión eficaz de fallos de los mercados.

Las consideraciones anteriores conducen a que los medios institucionales adecuados sean definidos en función de la capacidad de los mismos para hacer frente a los distintos problemas en cuestión. Es decir, la evaluación del diseño normativo de los órganos reguladores gira en torno a la cuestión de si un regulador cuenta con el poder regulativo y/o el conjunto de instrumentos (normativos, políticos, administrativos, financieros, etc.) necesarios y suficientes para enfrentar los problemas relacionados con los fallos de los mercados dentro de su esfera de actuación (Daintith 1987) -la cual, naturalmente, puede ser transversal respecto del conjunto de los mercados, como en el caso de la CFC, o sectorial respecto de un conjunto limitado de mercados en función de su contenido, como en los casos de la CFT, de la CNBV y de la CRE-.

b) Los sistemas operativos de los órganos reguladores y la gestión de la regulación. En tanto entidades públicas y, en concreto, en el caso de México, en tanto entidades de la Administración Pública, la presencia de órganos reguladores no sólo debe verse como una medida dirigida a los fines generales de la regulación

apuntados antes, sino como una transformación de las estructuras y procesos gubernamentales en el sentido de mejorar el funcionamiento del Estado. Es decir, el análisis del desempeño de los órganos reguladores debe incluir también sus efectos en la calidad de la gestión pública en virtud de su grado de racionalidad pública (política, jurídica, administrativa, etc.) o, dicho en otros términos, de la medida en la que la organización y gestión de los medios institucionales permite prever el logro de los objetivos de la regulación a corto, mediano y largo plazo.

Ahora bien, de manera paralela a la reforma de las funciones del Estado en la economía, como telón de fondo de la evaluación de este aspecto de los órganos reguladores tiene que postularse la noción de nueva gestión pública en la que se incardina la creación de este “nuevo” tipo de agentes públicos (Aguilar 2006 y Manning 2001). En esta línea de ideas, la “reforma” de la Administración Pública impulsada por la nueva gestión pública ha dado lugar a dos tendencias complementarias que han servido para orientar y motivar las transformaciones de las estructuras y los procesos de gobierno. La primera tendencia puede ser considerada como una revitalización de la dimensión pública de la administración, derivada de manera inmediata de los procesos de democratización, y concretada en los elementos de relacionados con el fortalecimiento y la aplicación de los principios del Estado de Derecho -imperio de la ley, control judicial de la Administración, judicatura imparcial y eficaz, etc.-. La segunda tendencia, producto de la mencionada percepción de que los estados intervencionistas resultan incapaces para hacer frente a la recurrencia y extensión de las crisis económicas -por lo que, en consecuencia, la existencia de un marco normativo estable y eficiente es una condición necesaria para el desarrollo social (Rodrik 2007 y Dam 2006)-, puede verse como el desarrollo de una vertiente gerencial o de gestión en la que se construir, reactivar o fortalecer la capacidad administrativa de la Administración, concretándose mediante la implementación de medidas racionalizadoras de la acción pública, destinadas de manera indirecta a hacer

creíble y, en última instancia, legítima la capacidad del Estado para hacer frente a sus funciones.

Tal y como pretende reflejarlo el cuestionario que sirve como base a este estudio, lo fundamental de estas tendencias respecto de la evaluación de los órganos reguladores es que éstas deben concretarse en la concurrencia necesaria de tres ejes de la legitimidad de la actividad regulativa expresados en una idea exigente de racionalidad pública como estándar de la operación y gestión de la regulación. En este sentido, la legitimación de la operación de los órganos reguladores -y de la Administración en su conjunto-, no deriva exclusivamente de la voluntad mayoritaria (principio de democracia), ni primordialmente mediante el acatamiento formal del procedimiento administrativo (principio de legalidad), sino también, y de forma fundamental, a través del uso racional de los medios sociales disponibles (normativos, institucionales, humanos, financieros, etc.), expresado mediante la calidad de acciones públicas que, de hecho, correspondan de manera eficaz y eficiente a los fines institucionales (principio de efectividad).

c) La eficacia del órgano regulativo respecto de las políticas públicas. Como debe resultar claro, la eficacia respecto de la política pública como criterio de evaluación de los órganos reguladores es un corolario de los criterios anteriores. En este sentido, puede decirse que este criterio recoge y sintetiza las racionalidades instrumental y gerencial que expresan los criterios generales de diseño normativo y de sistemas de operativos y de gestión.

En la vertiente instrumental, la eficacia de un órgano regulador respecto de la política pública se expresa, como veíamos, en la medida en la que su establecimiento y su funcionamiento constituya un instrumento público eficaz para combatir las fallas del mercado. En este sentido, la medida de eficacia del órgano corresponde al grado en el que pueda establecerse que los mercados regulados

satisfacen las condiciones para su eficiencia social –recogidos, fundamentalmente, en la noción de mercado competitivo-.

En la vertiente gerencial que orienta los estándares de operación y de gestión de la regulación, la eficacia de un órgano regulador respecto de la política pública se expresa en la medida en la que, como veíamos, su procesos internos y sus productos institucionales respondan, en su conjunto, a los principios de democracia, de legalidad y de efectividad.

La confluencia de estas dos vertientes permiten apreciar un tercer plano de evaluación de la eficacia del conjunto de los órganos respecto de la política regulativa en su conjunto: la dimensión sistémica de la regulación. En este plano, la eficacia del desempeño de los órganos reguladores se aprecia en una relación interinstitucional, que parte del presupuesto de que para lograr realmente una regulación eficaz de la economía orientada, a su vez, por criterios sustantivos gestión pública, tanto el diseño como la operación de los órganos regulativos debe favorecer la conformación de un sistema regulativo integral que, en última instancia, permita un desempeño satisfactorio de la economía en su conjunto.

Bibliografía de la metodología

Aguilar, Luis (2006), *Gobernanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica.

Baldwin, Robert y Cave, Martin (1999), *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oxford, Oxford University Press.

Breyer, Stephen (1982), *Regulation and Its Reform*, Cambridge MA, Harvard University Press.

Daintith, Terence (1997), “Regulation”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XVIII, Cap. 10, Dordrecht, Martinus Nijhoff

- Publishers.
- Daintith, Terence (ed.) (1987), *Law as an Instrument of Economic Policy. Comparative and Critical Approach*, Berlín, Walter de Gruyter.
- Dam, Kenneth (2006), *The Law-Growth Nexus. The Rule of Law and Economic Development*, Washington, Brookings Institution Press.
- Laffont, Jean-Jacques (2005), *Regulation and Development*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Larrañaga, Pablo (2009), *Regulación. Técnica jurídica y razonamiento económico*, México, Porrúa.
- Levi-Faur, David y Jordan, Jacint (2004), "The Rise of the Regulatory State in Latin America. A Study of the Diffusion of Regulatory Reforms across Countries and Sectors", Centre for Regulation and Competition, Universidad de Manchester, Working Paper Series, 61.
- Majone, Giandomenico (1994), "The Rise of the Regulatory State in Europe", *West European Politics*, 17, 3, 77-101.
- Manning, Nick (2001), "The Legacy of the New Public Management in Developing Countries", *International Review of Administrative Sciences*, 67, 297-312.
- Minogue, Martin (2005), "Apples and Oranges: Problems in the Analysis of Comparative Regulatory Governance", Centre for Regulation and Competition, Universidad de Manchester, Working Paper Series, 94.
- Mitnick, Barry (1980), *The Political Economy of Regulation: Creating, Designing, and Removing Regulatory Forms*, Nueva York, Columbia University Press.
- Morgan, Browen y Yeung, Karen (2007), *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Ogus, Anthony (1992), *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- Ogus, Anthony (2002), "Comparing Regulatory Systems: Institutions, Processes and Legal Form in Industrialized Countries, Centre for Regulation and Competition, Universidad de Manchester, Working Papers Series, 35.
- Ogus, Anthony (2005), "Towards Appropriate Institutional Arrangements for

Regulation in Less Developed Countries”, Centre for Regulation and Competition, Universidad de Manchester, Working Paper Series, 119.
Rodrik, Dani (2007), *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth*, Princeton, Princeton University Press.
Scharft, Fritz (1999), *Governing in Europe. Effective or Democratic?*, Oxford, Oxford University Press.

Criterios generales y rubros de evaluación específicos

1. Diseño normativo

a) Diseño de las competencias del órgano regulador

¿Establece la Ley/Decreto de manera inequívoca el objeto y las competencias del órgano regulador? (1)

¿Cuenta el órgano regulador con las competencias necesarias para realizar el objeto establecido en la Ley/Decreto que establece su creación? (2)

¿Cuenta el órgano regulador con instrumentos normativos adecuados para realizar su objeto? (3)

b) Diseño de la integración del órgano regulador

¿Se encuentra correctamente ubicado el órgano regulador dentro de la Administración Pública? (4)

¿La integración administrativa del órgano regulador responde, en su conjunto, a las características técnicas del mismo? (5)

¿Son adecuados los criterios de designación de los responsables del órgano regulador? (6)

c) Diseño de los procesos de decisión y de los productos institucionales del órgano regulador

¿Los procesos de decisión del órgano regulador son adecuados a sus funciones? (7)

¿Los instrumentos técnicos a disposición del órgano regulador son adecuados a sus funciones? (8)

¿Los procesos de decisión del órgano regulador están correctamente diseñados para generar los productos institucionales establecidos en la normativa relevante (debidamente fundados y motivados en criterios técnicos públicamente escrutables)? (9)

2. Sistema de procedimientos y de gestión

a) Definición de los objetivos institucionales del órgano regulador

¿Están debidamente especificados los objetivos institucionales del órgano regulador? (10)

¿Establece la Ley y/o Decreto de creación y/o el Reglamento Interno correspondiente criterios para evaluar el desempeño del órgano regulador? (11)

¿Son adecuados los mecanismos legales de transparencia y de rendición de cuentas para evaluar al órgano regulador o, en su caso, ha generado el propio órgano regulador estándares alternativos para guiar y evaluar su desempeño? (12)

b) Adecuación de los medios institucionales (procedimientos operativos y productos institucionales) a los objetivos institucionales del órgano regulador

¿La composición del órgano regulador es adecuada para generar productos institucionales de calidad? (13)

¿La organización de los recursos institucionales (normativos, humanos, técnicos, etc.) del órgano regulador es adecuada para generar productos institucionales de calidad (jurídica y técnicamente sostenibles)? (14)

¿Los instrumentos de actuación del órgano son adecuados para alcanzar en una medida satisfactoria el objetivo de la institución? (15)

c) Capacidad técnico-institucional de los integrantes del órgano regulador

¿El procedimiento de selección de los integrantes del órgano regulador conduce a una conformación del órgano satisfactoria sobre la base de criterios técnicos? (16)

¿La composición del órgano regulador permite un grado aceptable de autonomía técnica de las decisiones institucionales? (17)

¿La composición del órgano regulador impide la captura por parte de los regulados? (18)

3. Efectividad

a) Efectividad respecto del mandato jurídico

¿En qué medida el diseño normativo y la funcionalidad institucional permiten que el órgano regulador cumpla su mandato legal? (19)

¿En qué medida la actividad del órgano regulador ha realizado su mandato? (20)

¿En qué medida la actividad del órgano regulador ha establecido condiciones institucionales para un mayor control democrático? (21)

b) Efectividad respecto de los objetivos de política pública

¿En qué medida ha contribuido la creación del órgano regulador a los objetivos de política pública subyacentes? (22)

¿En qué medida el desempeño del órgano regulador ha contribuido a los objetivos de política pública subyacentes? (23)

¿En qué medida, dado su diseño normativo y su funcionalidad institucional, puede el órgano regulador alcanzar los objetivos de política pública subyacente? (24)

c) Efectividad respecto del perfil del conjunto sistema regulativo

¿En qué medida ha contribuido el órgano regulador a la integración del sistema regulativo de la economía mexicana? (25)

¿En qué medida, dado su diseño normativo y su funcionalidad institucional, puede contribuir el órgano regulador a la integración de un sistema regulativo eficaz y eficiente? (26)

¿En qué medida satisface el desempeño del órgano regulador los estándares internacionales en la materia? (27)

Discusión general sobre la evaluación de los órganos reguladores en México

A modo de introducción, es importante señalar que este documento constituye un esfuerzo por hacer una evaluación comparada de cuatro órganos reguladores en México. Si bien se llevó a cabo primero una evaluación para la validación del cuestionario, durante las sesiones de evaluación específicas para cada una de las cuatro Comisiones se busco conservar el sentido comparado del análisis del sistema regulativo en México.

En este sentido, el cuestionario recogido en las páginas anteriores se aplicó uniformemente en las sesiones particulares de evaluación para cada órgano regulador. Este cuestionario fue pensado sobre la base de la posibilidad de realizar un análisis comparativo de los distintos órganos con diferentes estructuras y sectores. Por ello, dado que se requería diseñar categorías que fueran lo suficientemente abstractas como para ser aplicable a la amplia gama de instituciones analizadas, como puede apreciarse, las preguntas fueron generadas en términos amplios, pero pertinentes para todos y cada uno de los sistemas reguladores sobre la base de un modelo estándar de órgano regulador.

Así pues, para delinear los tres principales rubros (diseño, procedimientos y gestión, y efectividad) se tomó como punto de referencia la construcción de un órgano regulador “estándar” en una economía de mercado. Lo anterior en el entendido de que el grado o nivel en que el sector en cuestión y el país se desempeñe como una verdadera economía de mercado no depende fundamentalmente de la operación de los órganos reguladores, sino de otras decisiones normativas previas -mucho más amplias y de mayor envergadura y trascendencia- de las que pueda llegar a derivarse, en última instancia, la propia pertinencia de crear órganos reguladores en el sentido del modelo estándar de referencia.

Las consideraciones anteriores son relevantes para este análisis porque, como se señaló con anterioridad, el modelo estándar de órgano regulador presupone que los órganos reguladores son estructuras institucionales dirigidas a promover y defender la operación de mercados competitivos, por lo que deben contar con la capacidad técnica y una racionalidad económica determinada que garantice la independencia y autonomía de la que se deriva su legitimidad -y, en última instancia, su razón de ser-. Esos elementos tienen traducción en algunos elementos de evaluación que surgen de la teoría regulativa/administrativa, que permiten identificar en las normas preguntas concretas sobre las condiciones de funcionalidad de un órgano regulador. Así pues, en síntesis, como queda de manifiesto en el propio cuestionario, se propone un análisis formal y funcional de los órganos reguladores a la luz de las condiciones de operación de este tipo de instituciones en una economía de mercado.

Ahora bien, aunque el cuestionario está generado sobre la virtud de un modelo abstracto que corresponde a estándares de cualquier órgano regulador, es pertinente señalar que la tercera sección del cuestionario aborda la actuación de los órganos reguladores en el contexto del desempeño general de la economía mexicana, teniendo en cuenta fundamentalmente la medida en la que la operación de los distintos órganos reguladores constituye, en su conjunto, una estrategia coherente para impulsar el crecimiento de la economía y, en última instancia, satisfacer las demandas de los ciudadanos-consumidores. Dicho en otras palabras, la tercera sección está dirigida a evaluar los resultados que han producido los órganos en cuestión, no ya sobre la base de las condiciones que hacen funcional a los arreglos institucionales de su clase, sino a la luz de lo que han hecho, tal y como han sido diseñados y en el contexto en el que han operado.

Las calificaciones promediadas de los Órganos Reguladores fueron de 5.2 para la Comisión Federal de Competencia; 4.2 para la Comisión Federal de Telecomunicaciones; 6.1 para la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y 5.1 para la Comisión Reguladora de Energía.

Respecto a la CFC, el panel de evaluación destacó que es un órgano que cuenta con una estructura adecuada para desempeñar una función más activa y eficiente en beneficio de los ciudadanos-consumidores para generar una plataforma que fomente la competencia. Sin embargo, se señaló, la CFC no ha utilizado sus capacidades normativas e institucionales con el vigor y la consistencia que sería deseable.

La evaluación de la CFT llevó al panel a asignar a este órgano la menor calificación. Al respecto, los panelistas señalaron que, a pesar de que la CFT ha utilizado sus recursos de la mejor forma posible, como consecuencia de un diseño gravemente deficiente, está desprovista de capacidad normativa y de relevancia institucional. Esta inoperatividad se explica principalmente por la debilidad institucional que tiene respecto de la propia Secretaría de Comunicaciones y Transportes, por un lado, y frente a los agentes económicos regulados, por otro. Aunque también se subrayó la incapacidad para implementar procedimientos y mecanismos operativos internos que abarquen satisfactoriamente sus tareas y que, consecuentemente, a pesar de su déficit en el diseño, le hubieran permitido un mayor grado de autonomía y autoridad técnica.

El caso de la CNBV fue señalado como el más exitoso de los evaluados. En opinión del panel, dadas las características de éste, la distribución de competencias con otras autoridades, así como a la legitimidad técnica de la que dispone, este órgano cuenta con diseño adecuado respecto del sector económico en el que despliega sus funciones regulativas. No obstante, se mencionó que la actual estabilidad del sector no es sólo el producto de una regulación efectiva, sino también está relacionada con la falta de sofisticación del mercado financiero mexicano; por lo que, de manera preventiva, sería importante preguntarse cómo operaría el marco regulativo del sector financiero mexicano ante los riesgos inherentes a un mayor desarrollo de los mercados financieros. Así mismo, se advirtió también el riesgo latente de una ausencia de regulación efectiva en un cada vez más amplio sector de la actividad de captación de fondos del público que no cuenta con la sofisticada y bien implementada regulación como es el caso de la que aplica a los bancos.

La evaluación de la CRE muestra la inoperancia de un órgano regulador como consecuencia de su incompatibilidad con el modelo económico de referencia,

pues si bien se creó con la expectativa de que llegaría a existir un mercado energético más amplio que hubiese requerido la presencia de un órgano regulador, la inamovilidad de la ordenación jurídica del sector –principalmente, su marco constitucional-, así como la ausencia de un consenso político que posibilite la estabilidad de políticas públicas a largo plazo, han impedido que se consolide un sector energético abierto y, naturalmente, un órgano regulador fuerte respecto de los principales agentes del sector energético del país, que se mantiene dentro del régimen paraestatal (PEMEX y CFE). En opinión del panel, los elementos anteriores han consolidado importantes barreras a la competencia y apertura de mercados en el ámbito de la energía que, desde luego, sobrepasan con mucho las competencias de la CRE.

Evaluación de la Comisión Federal de Competencia.

El primer aspecto mencionado por los expertos se relaciona con la importancia de poner en contexto la cultura de la competencia en México. El panel coincidió en señalar que en México no se tiene una cultura de competencia. La manifestación máxima de esta ausencia, se ejemplificó, es la falta de la competencia en el mercado político; pero dicha ausencia, también se indicó, se extiende al mercado económico de manera muy notable.

En ese sentido, un panelista caracterizó el contexto en el que se creó la Comisión Federal de Competencia (CFC) durante la administración del ex Presidente Salinas como un entorno donde coexistían adversidades políticas y económicas para el diseño institucional de un órgano regulador de la competencia fuerte. En opinión de este panelista, este contexto se ha visto reflejado en la introducción paulatina de los “dientes” de la autoridad y de su capacidad operativa, en gran parte debido a los intereses económicos anticompetitivos que en ese momento estaban -y siguen estando- muy fuertemente ligados al mercado político.

Más aún, otro panelista señaló que existen defectos conceptuales en el diseño mismo de la regulación de la competencia económica en México; o, en otras palabras, que los propios procedimientos destinados a promover la competencia no han podido cuadrar bien con la forma en la que éstos han sido desarrollados por la teoría de la competencia. La Ley Federal de Competencia contiene conceptos vagos o equívocos que no han sido aclarados ni por la doctrina de la CFC ni por la jurisprudencia. Aunque se reconoció que la Ley no tiene por qué ser un diccionario ni las resoluciones de la CFC un tratado de filología, sí es de fundamental importancia que a CFC formule con claridad sus criterios de análisis y de decisión para determinar, por ejemplo, en qué casos se entiende que el desplazamiento de un competidor es “indebido”.

Diseño normativo

El elemento que se evalúa en esta primera sección es qué tan bien está configurado el diseño normativo de la CFC, tanto dentro del sistema jurídico mexicano en su conjunto, como en relación con la normativa interna del propio órgano regulador. Es decir, en este caso, los parámetros de evaluación son la Ley Federal de Competencia Económica, el Reglamento de la Ley Federal de Competencia, así como el Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia; en concreto la calidad de estas normas¹.

Como se ha señalado, este marco jurídico de la Comisión es analizado a partir de las funciones “típicas” que cumple con respecto a la organización y constitución de un órgano garante de la competencia.

Como primer punto, el panel indicó que existe un problema institucional que tiene que ver con la coordinación de la CFC con las demás Comisiones y autoridades sectoriales, en razón de que han nacido de tiempos, criterios, y mandatos distintos. En este sentido, se señaló que la coordinación y la articulación de la política de competencia en el país son poco eficientes. En adición a lo anterior, se recalcó la existencia de fallas en el diseño normativo de la Comisión, como son, entre otras: la ausencia de un buen sistema de medidas cautelares; el establecimiento de sanciones económicas insuficientemente disuasivas y sin proporcionalidad con la dimensión del daño; la insuficiencia de información en materia de barreras comerciales; la necesidad de reformar el Código Penal para

¹ En la línea comparativa de este estudio, todos los órganos reguladores objeto del mismo y, en particular, sus respectivos marcos jurídicos, serán analizados en los mismos términos o sobre las mismas bases. Por este motivo, en el informe no se reiterará necesariamente los documentos normativos que han sido utilizados en cada caso.

sancionar acciones anticompetitivas; la necesidad de que la CFC utilice los mecanismos regulativos disponibles², etc.

Varios expertos mencionaron que, paradójicamente, si bien existió en 2006 una importante reforma en la Ley de Competencia, hoy en día se están demandando nuevas reformas legales en la materia. Por lo anterior, un panelista reconoció que la CFC ha logrado poner el tema de competencia en la palestra nacional, aunque preguntó si a lo largo de su actividad la Comisión ha logrado obtener la legitimidad suficiente como para justificar que se le otorgarán más facultades. Argumentando en sentido negativo se señaló que existen temas en los que ni la propia Comisión tiene aún una posición clara y, por esta razón, es fácil entender el por qué se presentan argumentos que generan reservas de otorgarle más “armas” a la CFC. Por ejemplo, existen temas fundamentales como la interpretación de la Comisión en materia de “paralelismo consciente” en los que aún existe incertidumbre. Este término es aplicado por agencias de competencia en diversas partes del mundo. El término se aplica para evaluar situaciones colusivas tácitas en los mercados. La colusión es sancionada por la Ley de Competencia, pero la CFC no ha hecho clara su posición respecto cómo debe interpretarse la Ley en este punto.

Con relación a lo anterior, en materia del diseño de las competencias de la CFC, el panel se mostró dividido en su análisis. Por un lado, se argumentó que, en virtud de que el objetivo primordial de la CFC es evitar las prácticas monopólicas, la sanción administrativa (esto es, el contenido del inciso 4º del artículo 24) constituye un instrumento claramente insuficiente. En otras palabras, algunos evaluadores señalaron que los instrumentos con los que cuenta la CFC para

² Al respecto, un panelista señaló la posibilidad de dar lugar a interpretaciones en materia de “paralelismo consciente”; en referencia a un instrumento regulativo utilizado por distintas agencias de competencia en el mundo, para evaluar situaciones tácitas de colusión en los mercados. En este sentido, aunque la colusión es sancionable en virtud de la Ley de Competencia, la CFC no ha hecho pública su posición respecto de si, en su opinión, tienen o no cabida en la propia Ley.

realizar sus objetivos establecidos en la Ley, fundamentalmente la sanción administrativa tienen, en principio, poca fuerza –sobre todo, dada su vulnerabilidad frente a instituciones como el Amparo–.

Más aún, por lo que se refiere al ámbito y funciones preventivas de competencia se señaló que, por lo poco que se ha logrado en la materia, México constituye un caso dramático. En este sentido se indicó que tal pareciera que por la forma que se interpreta la ley y por cómo se tienen que definir los mercados, no queda claro cómo se puede llegar a establecer en el país una regulación en materia preventiva semejante a la que existe en la mayor parte del mundo. En síntesis, el panel coincidió en que, en cuanto a sus funciones preventivas, la actuación de la CFC no ha sido la que cabría esperar.

No obstante, otros evaluadores sostuvieron que la CFC tiene otras facultades, como son las relativas a la desconcentración y a la desinversión, que se han mostrado como instrumentos eficaces para incidir sobre la evolución de la competencia económica. A modo de ilustración se mencionó que la orden de desinversión o de no aprobación de fusión de una sociedad por parte de la Comisión (licitaciones de ferrocarriles, etc.) representa un riesgo altísimo en el diseño de un negocio. En consecuencia, la utilización de estos instrumentos sí puede incidir sobre las condiciones de competencia que prevalecen en los mercados. La discusión, en realidad, se encuentra en preguntarse en qué medida estos instrumentos son utilizados efectivamente de manera regular por la CFC, o si sus decisiones en estos asuntos tiene más bien un carácter *ad hoc*.

Se acotó, sin embargo, que este tipo de amenazas y sanciones actúan en primera instancia contra el particular (al frenar y parar concentraciones o, en su caso, su participación en licitaciones). En cambio, en el caso de algunos ex monopolios nacionales (Ej. ferrocarriles) la CFC no ha declarado la existencia de

condiciones de competencia efectiva, para luego administrar la regulación asimétrica. Aunado a este argumento, se indicó en la mesa de discusión que ello implica que la defensa por parte de estas grandes empresas ha sido muy exitosa.

De manera sucinta, respecto de las competencias del órgano regulador, algunos panelistas concluyeron que en México éstas entraron de forma muy artificial. La Ley de Competencia fue originalmente planeada para sancionar violaciones, por lo que el ámbito preventivo quedó totalmente relegado. En otras palabras, algunos panelistas argumentaron que no se introdujeron conceptos de regulación preventivos en la Ley de Competencia si no sólo en las leyes sectoriales y en otros ámbitos de autoridad distintos del de la CFC.

En adición a lo anterior, el panel coincidió en señalar que el diseño mismo del órgano de competencia, la Comisión Federal de Competencia, se ve limitado al ámbito federal, por lo que dejaron de lado sus implicaciones para los otros órdenes de gobierno. Se indica que, si bien en principio, se pensó que las competencias de la CFC se moverían dentro de ese ámbito, lo cierto es que las prácticas anticompetitivas abarcan tanto materias federales como locales e, incluso, municipales. Por ello, la actuación de la CFC ha resultado problemática cuando involucra cuestiones relativas a las entidades federativas; donde, por ejemplo, la impugnación de su competencia puede ser cuestionada a través de fuero común (tribunales civiles locales). La mesa de discusión coincidió en señalar que éste constituye un problema serio y todavía no bien definido dentro del diseño del marco de la política económica nacional. Se comentó que, a raíz de este problema, las autoridades de competencia debiesen constituirse como un órgano nacional más que federal. A propósito, también se señaló otro tema análogo, relacionado con las restricciones al comercio interestatal en el que la CFC ha resultado inoperante e ineficaz, pues se ha visto desplazado y sin la facultad constitucional para intervenir eficientemente en ese ámbito.

Finalmente, en adición a lo anteriormente expuesto, algunos expertos señalaron que el problema radica no únicamente en que los instrumentos, competencias y mecanismos de los que dispone la CFC, sean normativos, preventivos o cautelares, sino también en la eficacia o discrecionalidad con la que se aplican y utilizan dichas competencias. Así, por ejemplo, la aplicación de sanciones económicas carece de una relación de proporcionalidad entre el tamaño de los agentes y la gravedad de la conducta, señalaron algunos panelistas.

En forma sucinta, el panel coincidió en su totalidad en que la estructura administrativa de la CFC no es suficientemente amplia y sólida para desempeñar adecuadamente sus funciones. Así, la capacidad de la CFC para salvaguardar las condiciones de competencia en los mercados es muy limitada. Ello se plasma no únicamente en que las sanciones no son necesariamente proporcionales al daño – como se mencionó antes- si no que además las sanciones ni siquiera se llegan a materializar en su mayoría. Así, se indicó, las sanciones que establece la Comisión gozan de hasta siete instancias de defensa, lo cual hace los procesos muy costosos para la CFC. A modo de ilustración, se mencionó que la tasa de cobro efectiva de las sanciones que impone la Comisión es muy baja, aunque es preciso reconocer que este indicador ha mejorado en el transcurso de los últimos años.

Adicionalmente, existe una importante falta de coordinación entre la CFC y el resto del aparato gubernamental. Volviendo al punto anterior, uno de los panelistas mencionó que un problema fundamental de eficiencia de la CFC es que debe hacer frente a diversas definiciones del Gobierno Federal, estatal y municipal. A propósito, el panel coincidió en que este problema es, en buena medida, una consecuencia de que la CFC es un organismo desconcentrado, dentro de la esfera del Poder Ejecutivo. En otras palabras, el problema consiste en cómo dotar de competencias eficaces a un órgano subordinado al Presidente de la República –y,

en concreto, a la Secretaría de Economía- cuando lo que se pretende regular es un tema tan amplio y transversal a los distintos poderes del Estado, a todos los órdenes de gobierno y que impacta en diversos sectores.

Concluyendo sobre este punto, la mesa de evaluación coincide en señalar que la CFC es uno de los órganos cuya normatividad más que federal, debiera ser nacional, con competencias en los estados y en aquellos ámbitos donde la sola competencia administrativa federal es insuficiente. Dado que el común denominador de estos órganos es la naturaleza jurídica de órgano desconcentrado, el panel indicó que resultan mal evaluados bajo los esquemas de un modelo de estricta independencia respecto de la Administración. Sin embargo, en este mismo sentido, un panelista señaló que un análisis simple de la ubicación “formal” de los órganos reguladores no aporta mucha información, pues en México, la desconcentración es una fórmula abierta, cuyas funciones no se encuentran delimitadas claramente, por lo que se pueden encontrar muchas variantes en la asignación de competencias en órganos desconcentrados. Por este motivo, este panelista opinó que más que analizar la forma jurídica genérica de su inserción en la estructura de Gobierno, lo que hay que valorar respecto de las capacidades de cada regulador son las competencias específicas de cada uno.

Al respecto, en la misma línea de razonamiento, el panel consideró que la ubicación de la CFC como órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía es claramente inconveniente, incluso al grado de que los diversos objetivos de la CFC pueden llegar a ser incompatibles con aspectos del mandato de la propia Secretaría. Así, por ejemplo, reconociendo que la Secretaría tiene el mandato de atraer inversión, las medidas encaminadas a ello pueden entrar en conflicto con la política de competencia, en la medida que la atracción de dicha inversión dependa de ofrecer a los inversores ciertas barreras de entrada a sus respectivos mercados (por ejemplo, en la forma de subsidios o de regulación específica).

Por otro lado, algunos panelistas subrayaron que la CFC está vinculada con una política que no tiene que ver necesariamente con los objetivos de la Administración Pública en un periodo o gobierno concreto. Tiene un objetivo y una política atípica que se ubica en la definición del modelo económico y, por lo mismo, es aun más inadecuada su inclusión en la Administración Pública que la de cualquiera de los otros órganos reguladores analizados en este estudio.

Este problema de “ubicación” se repite con otros reguladores sectoriales, por lo cual, el panel coincide en que si bien, por un lado, tienen que mantenerse ciertos candados que le permitan al Ejecutivo Federal hacer valer su conducción política en el sector, por otro, las funciones de los órganos reguladores deberán mantener su autonomía técnica para dar objetividad y, en muchos casos, viabilidad a las decisiones. El panel reconoció, desde luego, que este es un balance muy delicado y difícil de alcanzar. Asimismo, algunos panelistas indicaron que este último aspecto tiene que ver con la ausencia de especificación normativa en materia de competencias de la CFC frente al Estado, cuando éste actúa no como autoridad sino como agente económico; apuntando, en consecuencia una de las inconsistencias implícitas del modelo general de la economía mexicana.

Este tema llevó a discutir en el seno del panel tanto la idoneidad de la estructura colegiada de la instancia de decisión de la CFC, como las ventajas de configurarlo como un órgano con autonomía constitucional. En la consideración de estas variables de diseño institucional hubo quienes comentaron sobre las ventajas y las desventajas de establecer un tribunal especializado en materia de competencia o, bien, una autoridad individual única fuera de la esfera de la justicia administrativa. En términos generales, imperó la opinión de que en México “se busca”, en general, potenciar la autonomía de los órganos reguladores; si bien, con frecuencia, por las razones equivocadas. Esto es, en el diseño de los órganos

reguladores se “pretende” que sean autónomos en su carácter técnico, pero esta autonomía se confunde con la posibilidad para una mayor opacidad en su operación y criterios de decisión, impermeable a los controles interinstitucionales, políticos y jurisdiccionales, y ajena a la rendición de cuentas propia de un régimen democrático.

Más aún, como se analizará a detalle en la próxima sección de este reporte, los panelistas coincidieron en señalar que una mayor “independencia” de los controles típicos respecto del sector público, hace a las instituciones más proclives a la captura, tanto por parte del sector privado como de los intereses políticos particulares. En este punto, algunos analistas indicaron que la CFC carece de un mandato imperativo específico como el de, por ejemplo, “proteger al consumidor o maximizar el beneficio del consumidor”, equivalente al que sí tiene el Banco de México. Otros panelistas, sin embargo, consideraron que este mandato sí existe en la Ley Federal de Competencia Económica, aunque expresado de una manera ambigua. En esta línea de ideas, se señaló que con independencia de la conveniencia de la que CFC fuese un órgano con autonomía constitucional, la existencia de un mandato más explícito ayudaría a fortalecer las condiciones para su autonomía técnica y robustecería su capacidad de actuación. Así, la Ley Federal de Competencia establece como objetivo proteger el proceso de competencia; sin embargo, en foros públicos, el Presidente de la CFC insiste en que el objetivo es el beneficio del consumidor.

En continuación del debate anterior se consideraron las razones en pro y en contra de establecer la figura de un “zar de la competencia”, en oposición a la existencia de un órgano colegiado como el que existe actualmente. La mesa de análisis se inclinó a favor del modelo actual en razón de que tiene capacidades analíticas mayores, de que favorece la discusión y la revisión más cuidadosa de los temas económicos, y de que, en última instancia, es más difícil la presencia de

influencias ilegítimas en las decisiones colegiadas que en las decisiones individuales. No obstante, a propósito de este punto también existió coincidencia en la necesidad de fortalecer más las facultades de actuación de pleno de la Comisión frente a las actuales prerrogativas de la Presidencia de la Comisión.

Continuando con el análisis de la integración del órgano regulador, la mesa de trabajo indicó que con la nueva Ley de Competencia se eliminó la participación del Senado en la designación de su comisionado presidente. Para algunos de los panelistas, esto ha significado un retroceso en materia de calidad, efectividad y, en última instancia, de la legitimidad política y técnica en la integración de la CFC. En opinión de un panelista, este retroceso supuso una vuelta a los tiempos de los nombramientos presidenciales sin rigor y sin limitación alguna por parte del Poder Legislativo. Para otros panelistas, sería necesario redefinir el procedimiento de designación de los comisionados para tener más garantías en las características técnicas autónomas de los órganos, aunque ello no necesariamente implique la inclusión del Poder Legislativo. Pero en general, los evaluadores coincidieron en señalar que la normatividad en materia de integración del órgano regulador es muy escueta e insuficiente en definir quiénes pueden ser considerados para ocupar responsabilidades en la operación de la CFC. Así, en síntesis, los panelistas señalan que el procedimiento para la definición de los comisionados está mal establecido y no hace énfasis en su experiencia, en las condiciones técnicas y en las condiciones de autonomía de decisión para ocupar esos cargos, existiendo, además, una importante discrecionalidad a favor de la Presidencia para dirigir, sin la cooperación de los demás comisionados, la actividad del conjunto de las instancias subordinadas al pleno.

Existe, pues, un problema de definición de perfiles de los comisionados. Uno de los expertos señaló que, en ocasiones, los criterios de designación se inclinan más por ser restrictivos. Así, la profesionalización en el sector no se

considera “un bien público”, siendo sintomático justamente del carácter endogámico de la actividad. Al considerarse candidaturas “externas” a la Administración Pública Federal, los cuestionamientos a su idoneidad se centrarían en su capacidad técnica y no tanto en su compatibilidad con la orientación del gabinete económico. Un panelista indicó que eso fue lo que sucedió precisamente durante la Administración del Presidente Fox, cuando los nombramientos no parecieron guiarse en absoluto por criterios técnicos, sino más bien por arreglos de gobierno o, incluso, de partido.

Por otra parte, más allá de la naturaleza jurídica del órgano, el panel analizó el problema de la ubicación de la CFC dentro de la Administración Pública, así como las limitaciones al carácter técnico de sus decisiones derivadas de este hecho. En breve, el panel indicó que si lo que preocupa es el carácter técnico, entonces no habría problema que la designación de sus directivos proviniera de cualquier ámbito de la actividad económica, siempre y cuando cubriera con los mínimos indispensables de capacidad técnica. Si, en cambio, la variable política gravita en la valoración para la designación de sus comisionados y en los parámetros de integración de la Comisión, entonces la participación del Poder Legislativo en las designaciones podría ayudar a dotar de mayor legitimidad política al órgano en cuestión.

Si bien el panel de evaluación coincidió en señalar que la prioridad, bajo estándares internacionales, debiera estar en la experiencia técnica, nada estorbaría dar un ingrediente de legitimidad democrática a la designación de los comisionados; máxime teniendo en cuenta que con frecuencia sus decisiones colisionan con importantes intereses económicos y políticos. Es decir, si se impusieran estándares técnicos, se dificultaría el nombramiento de comisionados que no tuviesen la capacidad de ejecutar el mandato que conlleva el cargo. Más aún, tratándose de un órgano de competencia transversal que afecta y, en ocasiones,

condiciona la actuación de otros órganos reguladores, claramente adquiere mayor importancia su legitimidad técnica y democrática. Por otra parte, los evaluadores opinan que dotar a la Comisión de una mayor capacidad jurídica y técnica, es una condición necesaria para que este órgano cumpla sus funciones como catalizador de la política económica nacional. En este sentido, se señaló que la calidad técnica no hace a las personas independientes de los conflictos de interés; no garantiza el buen funcionamiento.

Al respecto de los criterios de designación de los responsables de la CFC, un miembro del panel aclaró que es importante no confundir el concepto de “legitimidad” con el de “popularidad”. En este sentido, el panel coincidió en señalar que la legitimidad política enderezada hacia el interés del consumidor es justificada y deseable, pero ello no debe entrar en conflicto con la autonomía de criterio técnico que, en ocasiones, acarrea la necesidad de tomar decisiones desagradables o impopulares, no sólo entre los regulados sino para el propio Gobierno.

En materia de procesos de decisión y de productos institucionales – entendidos éstos como: criterios de evaluación, criterios de relevancia y preeminencia en mercados, doctrina de evaluación, etc.- de la CFC, diversos panelistas señalaron que una de las debilidades centrales de este órgano regulador es que carece de una doctrina institucional. Es decir, a lo largo de su operación la CFC no ha conformado una jurisprudencia administrativa que le haya permitido establecer criterios de confiabilidad, constancia y predictibilidad de sus decisiones.

En adición, un experto mencionó nuevamente que, a su parecer, el gran ausente en el diseño de los procesos de decisión y en la delineación de los productos institucionales de la Comisión ha sido el consumidor promedio: el afectado final de dichos procedimientos.

Por otra parte, la mesa de discusión subrayó la ineficacia de los procesos de toma de decisión de la CFC. Lo anterior se ilustró describiendo cómo los estudios, dictámenes y evaluaciones fluyen de las direcciones generales al secretariado técnico –quien depende del Presidente de la Comisión y no del pleno-. Paralelamente, los Comisionados llevan a cabo su propia evaluación apoyados en su equipo asesor, que no guarda comunicación con las estructuras técnicas de las direcciones generales quienes generaron y conocerían de primera mano los procesos. A este elemento de ineficacia, agregó otro panelista, habría que agregar el factor de la altísima rotación de personal en la Comisión.

Sistemas de Procedimientos y Gestión

En esta sección, el panel evaluó la operación de la institución como organización. Esto es, se refiere a las condiciones de posibilidad para materializar la visión de la organización, ya no únicamente desde el punto de vista de sus competencias normativas, si no a partir de sus procesos internos.

Uno de los analistas propuso evaluar a la CFC en esta sección a partir de dos principios: por una parte, la eficiencia de los procesos de indagación de las tareas sustantivas de la Comisión y, por la otra, la efectividad de los esquemas de sanciones que puede imponer el órgano. Así, en términos de los procesos de indagación que realiza la CFC uno debe preguntarse: (i) ¿Qué tanto investiga la CFC en comparación con estándares internacionales? y, (ii) ¿Qué calidad poseen estas indagaciones? La respuesta a estas dos interrogantes es simple: se investiga relativamente poco y con una calidad deficiente. En lo concerniente a la efectividad de los esquemas de sanciones que emplea la CFC, la pregunta fundamental consiste en saber si se sanciona de manera efectiva las violaciones a la ley en la materia. Los panelistas coincidieron en que el nivel de las sanciones económicas

que puede imponer en la actualidad la CFC a los infractores es muy bajo, por lo que el tema de las sanciones económicas en México ha perdido para todos sus efectos disuasivos. Uno de los panelistas señaló la importancia de que el régimen de competencia mexicano cuente con un marco de sanciones paralelo de carácter compensatorio, cuyo principio fundamental sea recuperar los daños infringidos por violaciones a la ley. Este régimen de sanciones, en consecuencia, guardaría proporcionalidad a los efectos de la conducta, lo que podría representar un paso importante para el fortalecimiento de la recuperación de daños como consecuencia de prácticas anticompetitivas en México.

A modo de ilustración, en materia de transparencia y rendición de cuentas – siendo la CFC sujeto obligado a la luz de la Ley de Transparencia y del artículo sexto constitucional-, el panel coincidió en señalar que lo que se conoce públicamente con respecto a los debates internos de la CFC, los criterios de evaluación y de decisión que utiliza, la sistematización de esos criterios, es prácticamente nulo. Se indicó que en materia de transparencia de procedimientos y de gestión existe una opacidad absoluta. La información publicada y difundida en la materia por parte de la propia Comisión se limita a unos cuantos extractos de los debates y temas de discusión que trata el pleno.

En razón de lo anterior, dentro del panel se planteó la conveniencia de hacer las sesiones públicas para generar incentivos para la mejora de la labor e involucramiento por parte de los comisionados. En este mismo orden de ideas, también se sugirió la posibilidad de una presidencia rotativa con objeto de fomentar el involucramiento del pleno en la operación de la Comisión en su conjunto y no sólo la de la Presidencia de la Comisión.

Más aún, un panelista comentó que comienza a generarse la percepción de que las denuncias presentadas por los distintos agentes económicos se desechan o

se abordan dependiendo de la agenda de la Comisión y, en particular, de la de su Presidente. En este tenor, se criticó a la actual Presidencia de la CFC por generar en público opiniones particulares –naturalmente no vinculantes– que, en cierto modo, en cuanto “avanzan” la opinión de la Comisión, van en detrimento de la autoridad del pleno.

Se mencionó que, desde el punto de vista de un análisis público respecto de la transparencia en la actuación de la CFC, durante 2008 el Presidente del pleno emitió 20 opiniones sin la intervención del pleno. En esta discusión, que fue ligada justamente al tema de transparencia y rendición de cuentas, la mayoría del panel convino en que ayudaría enormemente para transparentar las funciones de la CFC, fortalecer a pleno y generar confianza en los criterios utilizados para analizar o desechar los casos, así como evitar todo ejercicio discrecional de funciones de la Presidencia y el Pleno, haciendo públicos los procesos de deliberación. No existe un esquema de rendición de cuentas para el Presidente y los otros Comisionados o para la CFC en su conjunto, pues no hay metas de conocimiento público y en su caso no se sabe quién debiera establecer tales metas. Asimismo, no hay esquemas de premios o sanciones asociadas al cumplimiento de las metas. En general, ni siquiera es claro ante quién se debería presentar tal rendición de cuentas. No obstante, un panelista mencionó que de instrumentarse lo anterior, debiera entonces también establecerse los mecanismos para proteger técnica y físicamente a los comisionados tomadores de decisiones sujetos de cabildeo y presión, así como para evitar que los votos particulares de los comisionados se utilicen por los agentes económicos como argumentación en los amparos interpuestos.

Ahora bien, la evaluación de la mesa de trabajo fue en el mismo sentido con respecto a los instrumentos de actuación con los que cuenta la CFC. En general hubo coincidencia en el sentido de que no existen mecanismos operativos sistematizados.

En relación a la capacidad técnico-institucional de la CFC, y en relación con el tema ya mencionado de la integración del Pleno, algunos expertos señalaron que si bien el procedimiento de selección de los integrantes puede constituir, de hecho, un buen procedimiento, no se encuentra sujeto a un estándar normativo que asegure la calidad de los productos institucionales. Adicionalmente, los integrantes de la Comisión se enfrentan a restricciones y presiones extraordinarias para la toma de decisiones. Si bien existe sustantiva capacidad para la generación de conocimiento, sus integrantes no la han utilizado para ir adquiriendo autonomía técnica. Como se ha apuntado, de acuerdo a algunos evaluadores, en razón de que sus decisiones no han sido construidas a lo largo de una doctrina, éstas no se han ido consolidando como normas procedimentales de las propias organizaciones. Así, la CFC no cuenta con una doctrina procedimental: archivo de resoluciones análogas, parámetros constantes y más frecuentes en la toma de decisiones, etc. Por ello, se formuló durante la discusión la siguiente pregunta: ¿qué se podría hacer para mejorar la doctrina de la propia Comisión? Las respuestas sugeridas fueron varias: publicación ordenada de resoluciones, la inclusión obligada de antecedentes, su utilización dentro de las deliberaciones y en la generación de los dictámenes. Ahora, cabe señalar que todo lo anterior, de acuerdo al panel, es totalmente independiente de la capacidad técnica de sus Comisionados, pero naturalmente repercute en la calidad de las resoluciones de la Comisión.

Los evaluadores coincidieron en expresar que existe una suerte de *trade-off* entre el grado de autonomía técnica frente a la Administración Pública y el nivel de vulnerabilidad a la captura por parte de los regulados. Dado que el mercado subyacente de los integrantes de la CFC es la iniciativa privada, en la medida que estés más arropado por la Administración Pública eres menos vulnerable a la captura por parte de la iniciativa privada. Por el otro lado, los evaluadores concuerdan en apuntar que la designación escalonada de los directivos sí ha

constituido un acierto, mientras que la renovación conjunta del pleno se traduciría en un desastre institucional al vincularla a ciclos políticos y electorales.

Efectividad

En esta sección, el panel consideró criterios externos que permiten evaluar si la CFC cuenta con una política de Estado, y no sólo pública; esto es, el órgano regulador se encuentra insertado en un proceso de adecuación de sus procesos y políticas públicas para hacerlos, en su conjunto, más eficientes. Dicho de otro modo, el objetivo de esta parte del análisis es detectar el grado de efectividad de la Comisión respecto de los objetivos generales que persigue: una mayor competitividad de la economía mexicana. En este sentido, lo que aquí se manifiesta es la percepción que se tiene de su desempeño en el marco del desempeño de la economía del país, y si existen tendencias claras de mejora o de empeoramiento en sus funciones. Así también, en materia de rendición de cuentas y transparencia, se buscó evaluar el grado en que la actuación de la Comisión pudiera ser identificada como relevante en términos de bienestar de los consumidores.

Para evaluar el grado de eficacia con la que la CFC aplica sus competencias, y el cómo impacta esto al consumidor y al resto de los agentes económicos en general, los evaluadores coincidieron en señalar que se requeriría de mayor información, de datos duros que de manera inequívoca auxilien en la ponderación y valuación de estos aspectos. A manera de ilustración, se requeriría información relativa a las tendencias litigiosas de la CFC. A este respecto, un panelista señaló que la Comisión ha tendido a eliminar carga de trabajo relativa a la interposición de amparos, quejas y denuncias, pero que no existe información pública que describa con base en qué criterios lo ha hecho.

En otras palabras, los evaluadores señalaron que en esta tercera sección del cuestionario, las variables de cuestiones técnicas obligan a responder tomando en

cuenta otros conocimientos, indicadores de gestión e información precisa con la que no cuenta la mesa de trabajo.

Algunos evaluadores sugirieron que, dado que el parámetro de juicio de la efectividad de la Comisión es la existencia o falta de mercados competitivos, habría que hacer una diferenciación importante. Por un lado, el impacto de la CFC en mercados donde operan los grandes monopolios que son factores reales de poder y, por el otro, el resto de los mercados, donde puede mejor apreciarse la intervención del organismo de competencia.

En la mesa de discusión se planteó que lo anterior también podría ayudar a ponderar los intereses normativos y poner en contexto la debilidad o fortaleza relativa de la CFC. Cabe señalar que otros panelistas opinaron que se debía evaluar el desempeño competitivo del mercado, con independencia del sector. Otros más sugirieron que en el análisis cualitativo reflejado en este reporte se hiciera mención de este doble desempeño de la Comisión, si bien la calificación que se le otorgaría el panel a este rubro sería una sola. Así, la evaluación del desempeño de la CFC dentro de la fracción del sector correspondiente a los grandes monopolios es muy baja; mientras que la apreciación de la labor de este organismo en el resto del mercado es positiva.

En lo referente a la transparencia sustantiva de la operación de la CFC, lo que se buscó identificar es si la CFC tenía capacidades para generar doctrina, y no lo hizo, y tenía posibilidades de generar criterios, y nunca los hizo explícitos, etc. Al respecto, un evaluador señaló que, por ejemplo, la CRE no siempre ha tenido la misma fuerza institucional; siempre ha tenido enfrentamientos, roces, traslape de funciones con la Secretaría de Energía. Pero, en contraste, desde su creación la CFC ha gozado de un grado de autonomía frente a la Administración Federal mucho más amplio que el de cualquier otro órgano regulador. Por ello, en cuanto a

potencialidad, ha tenido la capacidad para generar una plataforma que fomente la competencia, y sin embargo, no lo ha hecho.

No obstante la valoración general sobre su desempeño, los evaluadores concurren en señalar que la CFC se ha sostenido sólidamente en la defensa de ciertos temas particulares, manteniendo sus posiciones frente a importantes resistencias de intereses económicos y políticos. Además, si bien su desempeño ha sido muy menor en el comparativo internacional en un país con fuertes desequilibrios económicos, de competencias y entre sectores, se debe admitir que su operación venía de un escenario mucho más rezagado y con unas tareas muy complicadas, que también deben ser ponderadas en la comparación con sus pares a nivel internacional.

Calificaciones de la Comisión Federal de Competencia

| Calificación promedio de la Comisión Federal de Competencia | Calificación |
|---|--------------|
| <p>-En términos generales, se considera que la CFC está bien diseñada en lo que respecta a sus atribuciones e instrumentos de actuación.</p> <p>-Sin embargo, también hay coincidencia en que su operación no ha generado una doctrina en materia de competencia que refuerce la autonomía técnica del órgano y, por ende, su legitimidad.</p> <p>- En este sentido, aunque se reconoce el contexto particularmente adverso en el que ha operado la CFC, se cree que dadas las atribuciones y los instrumentos con los que ha sido dotada desde su creación, podría haber alcanzado en mayor medida sus objetivos institucionales, en particular respecto de monopolios particularmente poderosos dentro de la economía mexicana.</p> | 5.2 |

Comisión Federal de Competencia

Calificación final: 5.2

Tema 1. Diseño normativo

| | |
|---|------------|
| <p>- Hay consenso en que desde su creación la CFC ha contado con un importante arsenal de competencias para alcanzar sus objetivos</p> <p>- Sin embargo, también es generalizada la opinión de que no siempre ha entrado en los temas más difíciles, en particular, en el combate a los monopolios muy fuertes. A este aspecto contribuye que la CFC está diseñada para ser operada en forma sustantiva por el Presidente, con una participación muy limitada de los Comisionados.</p> <p>- Un panelista opina que es necesario reconsiderar el carácter federal de la Comisión como condición para que pueda entrar en las cuestiones con las prácticas anticompetitivas dentro de las entidades federativas.</p> <p>- Por otro lado, otro panelista apunta la importancia de establecer un mandato inequívoco para la CFC, de modo que se potencie su autonomía respecto de la política económica del Gobierno Federal.</p> | 5.6 |
| Subtema 1.1 Diseño de las competencias del órgano regulador | 5.8 |
| Subtema 1.2 Diseño de la integración del órgano regulador | 5.2 |
| Subtema 1.3 Diseño de los procesos de decisión y de los productos | 6.0 |

institucionales del órgano regulador

Tema 2. Sistema de procedimientos y de gestión

- En el panel se comparte la idea de que una de las más importantes debilidades de la CFC es la ausencia de una doctrina institucional que genere constancia en las decisiones, predictibilidad, seguridad. Se considera, pues, que uno de los principales obstáculos a su autonomía técnica es la ausencia de una jurisprudencia administrativa generada por la propia Comisión. 5.1

- Así mismo, también existe consenso en la importancia de reforzar el sistema de nombramientos de los comisionados para que cuenten simultáneamente con capacidad técnica y legitimidad política.

- En este mismo orden de ideas, también hay coincidencia en la opinión de que es necesario hacer transparentes los procesos de decisión y los criterios que fundamentan las resoluciones y no sólo los resultados.

| | |
|---|------------|
| Subtema 2.1 Definición de los objetivos institucionales del órgano regulador | 4.4 |
|---|------------|

| | |
|--|------------|
| Subtema 2.2 Adecuación de los medios institucionales (procedimientos operativos y productos institucionales) a los objetivos institucionales del órgano regulador | 5.2 |
|--|------------|

| | |
|--|------------|
| Subtema 2.3 Capacidad técnico-institucional de los integrantes del órgano regulador | 5.5 |
|--|------------|

Tema 3. Efectividad

- El panel destaca la importancia de distinguir entre distintos momentos en la operación de la CFC, pues es posible constatar muy distintos niveles de desempeño a lo largo de la existencia de este organismo.

- En todo caso, en lo que sí hay un consenso es en que, aunque en su actuación institucional ha habido tendencias -en ocasiones a mejorar y en ocasiones a empeorar-, aun los resultados más destacados no han afectado de manera importante a los agentes más poderosos de la economía mexicana. 4.9

- Así mismo, aunque se reconoce que la CFC inició sus funciones en un contexto de relativo retraso respecto del contexto internacional y con obstáculos estructurales importantes, también cree que este organismo ha contado con competencias transversales y con una definición importante de política pública que le hubieran permitido hacer más de lo que ha hecho.

| | |
|--|------------|
| Subtema 3.1 Efectividad respecto del mandato jurídico | 4.7 |
|--|------------|

| | |
|--|------------|
| Subtema 3.2 Efectividad respecto de los objetivos de política pública | 4.8 |
|--|------------|

| | |
|--|------------|
| Subtema 3.3 Efectividad respecto del perfil del conjunto sistema regulativo | 5.1 |
|--|------------|

Evaluación de la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

Como introducción general del contexto de la operación de la CFT, los panelistas subrayaron que la idea universal de regulación y, en particular, la de regulación de las telecomunicaciones es algo relativamente reciente en la cultura jurídica mexicana, dada la relativa “novedad” de la organización de mercado en esta materia. En este sentido, en la evaluación del desempeño de la CFT es importante tener en cuenta que esta autoridad no cuenta con un bagaje instrumental comparable con el de algunos de sus pares en otros países, a pesar de su década y media de existencia.

También coincidieron en señalar, que un rasgo fundamental de esta industria, es que la tecnología suele evolucionar a un ritmo más acelerado que la creación de técnicas e instituciones reguladoras, por lo que todos los países del mundo han enfrentado una constante presión para mantener su regulación adaptada al ritmo del cambio tecnológico y sus efectos en la organización de la industria. El problema específico de México en este ámbito es que, precisamente como consecuencia de la falta de una cultura reguladora consolidada cuando se inicia la andadura de la CFT, el cambio tecnológico ha ido planteando problemas de segunda y tercera generación, a estructuras reguladoras que ni siquiera llegaron a ser efectivas en la gestión de problemas de primera generación (como, por ejemplo, la gestión del proceso de privatización de TELMEX y la creación de mercados competitivos en los distintos servicios de telefonía y la generación de un proyecto nacional para el desarrollo de las telecomunicaciones).

De acuerdo a varios analistas, este doble desfase respecto de la cultura de la regulación y respecto de la complejidad de la materia constituye una de las varias razones por las cuales la autonomía técnica de la CFT frente a la Secretaría de Comunicaciones aún no se ha visto materializada y, como consecuencia en buena

medida a ello, ante la opinión pública este órgano se haya vuelto un sinónimo de antagonismo con la SCT y de inoperancia frente a los intereses de los regulados.

Sin embargo, el panel coincide en señalar que los mayores problemas de inoperancia de la CFT se derivan de la dependencia que de origen tiene el órgano regulador con la SCT -incluyendo la doble ventanilla-, así como regulaciones internas -por ejemplo, la ausencia de periodos de desempeño transexenales de los comisionados-; ambos factores resultado, a su vez del diseño legislativo de la Comisión y de los reglamentos internos generados por el Poder Ejecutivo, que regulan su actuación. Es sobre este último punto, como se discutirá a continuación, sobre el que giró gran parte de la evaluación de este organismo.

Diseño normativo

La CFT se creó por medio de un artículo transitorio en la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995 como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Esta disposición provocó que la CFT tuviera atribuciones compartidas con la SCT, además de que la SCT tuviera facultades para designar o remover comisionados. Este diseño ha provocado la creación de una doble ventanilla ya que los asuntos regulatorios no pueden ser resueltos de manera definitiva por ninguna de las dos entidades.

De esa forma, la mesa de evaluación coincidió en señalar que el objeto de la competencia de la CFT es claro en lo que respecta al texto normativo que se establece (Art. 9-A., de la Ley Federal de Telecomunicaciones). Ahora bien, con independencia de lo que se establece como objeto explícito de la CFT, un panelista señaló que por lo que se refiere al ámbito y funciones preventivas de la Comisión -al igual que lo expuesto en el análisis de la CFC- el avance ha sido prácticamente nulo.

Abundando en la idea anterior, un evaluador describió la emisión de dos nuevas declaratorias de poder sustancial por parte de la CFC con respecto a TELMEX. Indicó que, por la manera en que la CFC –en coordinación con la CFT– tienden a definir la estructura de los mercados en el sector, no queda claro cómo México podría llegar a establecer regulación que es compartida por la mayor parte del mundo en materia preventiva. Este problema ~~imputable a la CFC, pero~~ que atañe a la CFT y al sector de las telecomunicaciones en México, se ilustra, en su opinión, en las dificultades que se han enfrentado en México para lograr una regulación asimétrica que controle la expansión de los agentes dominantes y equilibre la participación de entrantes en el sector. Es decir, esta inoperancia regulatoria se ha manifestado en la imposibilidad de delimitar la dominancia de TELMEX en el mercado de telefonía, como un primer paso hacia una regulación asimétrica –i.e., una regulación que exige distintos estándares de actuación a distintos agentes en virtud de su respectivo poder de mercado–, lo cual ha implicado que el régimen de actuación de esta empresa siga siendo, para efectos prácticos, muy permisivo para el ejercicio de prácticas anticompetitivas sobre otros agentes económicos. Ello genera una barrera de entrada para agentes que, eventualmente, mediante la competencia permitirían un mayor desarrollo del sector y mejores condiciones en la prestación de servicios (precio y calidad, por ejemplo).

Para algunos analistas, el problema de no tener una correcta apreciación de la importancia de la autonomía de un órgano regulador, permite explicar un rasgo singular de la regulación de las telecomunicaciones en México: la existencia tanto de una doble ventanilla para la gestión de temas regulatorios, así como la posibilidad de una doble captura. En opinión de un evaluador, el diseño “sobre las rodillas” de la regulación de las telecomunicaciones puede evidenciarse mediante

la constatación de una ventana para la doble “captura” en el sector: de la SCT por parte de los regulados y de la CFT por parte de la SCT³.

Los panelistas, en su mayoría, coincidieron en señalar que, de facto, existe una captura clara por parte de los agentes económicos respecto de la SCT, siendo este el principal factor que ha impedido el funcionamiento adecuado de la Comisión. No obstante, hay que mencionar que un evaluador opinó en el sentido de que esta clase de captura es inexistente.

Incluso, un panelista mencionó que por su diseño institucional, pareciera que la CFT es una institución “creada por el enemigo”; es decir, una institución establecida para que no cumpla con sus objetivos. Se trataría, pues, de un caso en el que desde su creación legislativa y, fundamentalmente, por el mantenimiento de reglamentos poco acertados, se ha quebrado su diseño, lo cual permite a los Poderes Legislativo y Ejecutivo seguir incidiendo actualmente en su funcionamiento.

Adicionalmente, se indicó, existe una tendencia de debilitamiento del Ejecutivo por parte del Poder Legislativo al conformar a determinados órganos. Se sugirió que habría que valorar hasta qué punto la falta de comunicación entre la

³ Éste, y otros panelistas, advierten que aquí se utiliza el término “captura” de manera inusual, pues no suele hablarse de “captura” cuando se habla de la injerencia de una autoridad en las funciones de otra, máxime cuando se trata de un organismo dentro de su propia estructura orgánica. Por ello, para otros panelistas quizá sea más conveniente hablar de una delegación administrativa insuficiente o simplemente de conflicto derivado de un mal diseño de las funciones, más que captura de competencias. Insistiendo en el punto anterior, en opinión de este grupo no se puede hablar de captura *strictu sensu* por parte de la SCT, en tanto que la Comisión es un órgano desconcentrado perteneciente a la administración pública centralizada -si bien se supone, naturalmente, que posee autonomía técnica, operativa, de gasto y de gestión-. Otro panelista, apuntó que este es uno de los principales problemas que plantean los teóricos de la regulación con el principio de delegación o relación agente-principal, pero que resulta más que extraño encontrarlo dentro de una misma estructura jerárquica, como lo es una Secretaría. Así, el panel advierte en su conjunto que se debe distinguir entre los conceptos de falta de autonomía y de captura, siendo apropiado el uso de esta última noción cuando el regulado incide a través de algún tipo de negociación de intereses en las decisiones del órgano regulador.

Comisión y la SCT proviene del propio diseño legislativo, o si se debe, más bien, a elementos contingentes como la composición del personal de las instancias correspondientes y su recíproca actitud.

Al respecto del diseño de la integración del órgano regulador, un evaluador sostuvo que la ley es claramente insuficiente en cuanto a la definición del perfil y las limitaciones de la participación de los que podrían ser designados comisionados de la CFT. En su opinión, la normatividad es en general insuficiente en definir quiénes pueden y no pueden ser comisionados. El panel coincidió en que los criterios de integración de este órgano regulador son adecuados, aunque podrían instrumentarse nuevos filtros públicos y mecanismos de corte meritocrático que garanticen que los funcionarios designados gocen de prestigio dentro del sector y cuenten con sólidos conocimientos técnicos. Un elemento adicional que fortalece la dependencia de la CFT a la estructura de la administración pública federal es que la titularización de los puestos de la CFT está sujeta a las mismas reglas que promueve la Secretaría de la Función Pública, sin consideración de la especificidad que requiere un órgano supuestamente dotado de autonomía técnica.

En este orden de ideas, se comentó que no debería permitirse la participación de legisladores locales y federales en el proceso de nominación de los comisionados de la CFT. En otras palabras, al igual que en el caso de la CFC, se requiere una mayor precisión normativa sobre las restricciones a la participación en este proceso de designación.

Al respecto, algunos panelistas estimaron que no es idónea la participación del Congreso en la designación de los comisionados de la CFT, ya que lo que debiera buscarse es que el Ejecutivo se responsabilice en mayor grado de las designaciones -máxime cuando es al Presidente de la República a quien

corresponde el nombramiento del Secretario del ramo- y, en la medida que el Congreso intervenga o determine estas designaciones, en esa misma medida se diluye la responsabilidad del Presidente respecto del buen funcionamiento de la Comisión.

En sentido contrario, otros panelistas argumentaron que el ingrediente de la autonomía política cobra gran relevancia en el caso de la CFT. Para estar en condiciones de regular a los “gigantes” del sector, resulta fundamental que los integrantes de esta Comisión cuenten con el sustento de legitimidad política -entendida como el producto de un amplio consenso- y con la capacidad técnica necesaria que avale el contenido de sus decisiones. En cualquier lugar del mundo, las telecomunicaciones son un sector particularmente difícil de regular por la relevancia de los medios en la sociedad; por lo que no es de extrañar que en el caso de la CFT exista un constante presión política por parte de los actores y de otras áreas de gobierno para “condicionar” la actividad de la CFT que sólo puede ser contrarrestada cuando se cuenta con una importante base de legitimidad. Por lo anterior, la mesa de expertos coincidió en señalar que los Comisionados tienen mayor fuerza de resolución y de negociación cuando su designación no ha dependido exclusivamente del Presidente de la República, sino que ha contado con algunas fórmulas de apoyo por parte del Poder Legislativo.

Al respecto, un evaluador señaló que es imposible tener órganos autónomos cuando el regulado tiene capacidad de amedrentar y amenazar personalmente - incluso, físicamente- a los funcionarios. En su opinión, la salida de Luis Téllez de la Secretaría es ilustrativa de lo anterior. En respuesta, otro panelista indicó que existen herramientas de diseño normativo que podrían instrumentarse y que aminoraría esta vulnerabilidad: tales como procesos de decisión abiertos y transparentes. En este punto no se llegó a un acuerdo durante la discusión, pues el

primer ponente insistió en que, sin la garantía hacia la integridad física de los funcionarios, el mejor diseño normativo e institucional no es suficiente.

Respecto del ámbito de la transparencia, la mayoría de los analistas señalaron que los órganos reguladores mexicanos han ido aprendiendo poco a poco en materia de conducción transparente y rendimiento de cuentas. Sin embargo, en materia de las prácticas reguladoras existe, en opinión de un panelista, un dilema nacional sobre la forma de ejercer gobierno, que no hemos sabido resolver y que trasciende al ámbito de la transparencia y la rendición de cuentas. Por una parte, la Administración Pública busca preservar sus atribuciones de conducción de las políticas públicas que, en última instancia, tiene un control democrático del ejercicio de gobierno mediante el sufragio, y, por la otra, se ha intentado fortalecer las decisiones técnicas de los órganos reguladores que tienen un control democrático mediante la eficacia de gestión de la actividad económica. Pero si los órganos reguladores son parte de la administración federal, no se puede lograr un total deslinde del ámbito político, pues estas instancias están vinculadas al mandato democrático de los electores, y si se busca rendición de cuentas a través de fórmulas de transparencia ello permean inevitablemente a las decisiones técnicas, al menos hasta cierto punto.

Especificando el punto anterior, pero en relación con la transparencia en la operación de los órganos reguladores, también se mencionó que en la medida que se fortalece la autonomía de los órganos “técnicos” y, por tanto, se privilegia que su actuación se lleve a cabo por estricta aplicación de criterios técnicos, en esa misma medida se complica que los órganos operen mediante procedimientos fácilmente escrutables por parte de quienes no son expertos en la materia. Por ello, es necesario tener en cuenta que la existencia de información “en bruto”, disponible a cualquiera en cualquier momento, no es necesariamente el medio más idóneo para que exista una efectiva transparencia y rendición de cuentas, sino que

hay que considerar, por un lado, la necesidad de estructuras intermedias para el escrutinio (por ejemplo, comisiones legislativas) y el desarrollo de fórmulas “didácticas” para comunicar en términos claros información técnicamente compleja.

Así pues, la mesa de trabajo coincidió en que la cultura de transparencia del Gobierno Federal es, en general, mala; pero que en el caso de la CFT el tema de la transparencia resulta incluso peor que a la de otros órganos reguladores existentes en el país, por no hablar del ámbito internacional. Se reconoce que se cuenta con mayor información, pero que ésta no es pública; se publicitan los requerimientos, requisitos y trámites, pero no se simplifican en lo absoluto, de modo que se siguen generando procedimientos tremendamente engorrosos que contienen importantes esferas de discrecionalidad típicamente opacas.

Como ya se señaló, el panel coincidió en señalar que probablemente el problema fundamental del diseño normativo de la CFT es el de la “doble ventanilla” con la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Así pues, aunque se reconoció que, dado su carácter de organismos desconcentrados, éste es, en alguna medida, un déficit del diseño normativo de todos los órganos reguladores del país, este problema se ve exacerbado en el sector.

Uno de los panelistas describió a detalle el cómo se generó este diseño normativo en 1995, en razón de que la discusión de la Ley Federal de Telecomunicaciones se dio a marchas forzadas para tenerla aprobada a tiempo para la apertura de la competencia en el sector. Si bien existía la opción de seguir el modelo chileno, donde la Subsecretaría de Telecomunicaciones actúa como único regulador, se optó por establecer una Comisión que no fuera capturada y que asegurara una relación no clientelar con los agentes y concesionarios, aunque debido a las restricciones económicas imperantes ese año, no gozara de autonomía

presupuestal. En opinión de uno de los participantes el retraso en el otorgamiento de facultades plenas a la COFETEL fue resultado del temor del Poder Ejecutivo de perder el poder político que representa el regular a los medios de telecomunicación y a las grandes empresas del sector, que son determinantes en los resultados electorales.

Para no perder su poder de otorgar favores regulatorios el ejecutivo ha buscado mantener su influencia sobre la COFETEL mediante la emisión de reglamentos internos que otorgan a la SCT el poder de decisión en muchos temas y que mantienen una fragmentación de las funciones regulatorias. Estas disposiciones ya han sido incluso invalidadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al encontrar que son contrarias a las recientes reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones.

Al respecto se indicó que, si bien en otras partes del mundo no existe autonomía absoluta del órgano regulador y un solo órgano no necesariamente cuenta con todas las atribuciones en la materia, tampoco operan bajo un reglamento que establece atribuciones sobre la misma temática a ambos actores -generando la mencionada “doble ventanilla”-. Ello, en opinión de algunos expertos, ha generado que la propia SCT termine por boicotear el fortalecimiento de la Comisión. Los recursos de revisión de la Secretaría sobre las resoluciones de la CFT, son un ejemplo de este fenómeno.

El problema de la “doble ventanilla”, indicaron los evaluadores, tiene diversas aristas; entre ellas: en materia de sanciones, produce duplicación de procesos de defensa de los particulares; en materia de canales, implica que un procedimiento administrativo puede iniciar en la SCT y terminar en la Comisión y viceversa. No se ha encontrado ninguna justificación que avale que el proceso inicie en la Comisión y termine en la Secretaría; además de que, como señalan

algunos evaluadores, no aporta nada en términos de valor agregado respecto de la calidad de la regulación. De esta forma, el panel concordó en indicar que la normatividad de competencias de la CFT es claramente inadecuada.

Ahora bien, cabe mencionar que un panelista indicó que la existencia de una “doble ventanilla” no tiene por qué ser visto necesariamente como un problema en sentido técnico en si mismo. En principio, un doble proceso regulador podría ayudar a robustecer (y blindar) el proceso de toma de decisiones de las autoridades; sobre todo, en contextos tan políticamente complejos como es el del sector de las telecomunicaciones en México. Sin embargo, cuando un procedimiento de doble revisión es utilizado como instrumento de boicot de las decisiones tomadas por autoridades con competencias concurrentes, una doble ventanilla es claramente ineficiente. Lamentablemente, reconoció el panelista, este último caso es el que se presenta actualmente en la industria de las telecomunicaciones en nuestro país.

El problema de la doble instancia reguladora se repite en el tema de los instrumentos normativos, pues la capacidad normativa de la Comisión está limitada por la variación de criterios que suele ocurrir cuando el proceso que inició en la Comisión termina en la Secretaría (esto es particularmente equívoco por lo que se refiere a los recursos de revisión). Este problema de certidumbre jurídica - variación de criterios entre el órgano regulador y la dependencia federal- merma el margen de autonomía técnica de la CFT, lo que se ha visto empeorado porque han habido Secretarios de Comunicaciones y Transportes que no han sostenido un diálogo fluido -y en ocasiones, ningún diálogo en absoluto- con la Comisión.

Por último, cabe mencionar que si bien existió el consenso sobre la inconveniencia de la “doble ventanilla”, un panelista planteó, en el sentido apuntado más arriba, que ésta ha ayudado, paradójicamente, a reducir el riesgo de

captura de la CFT por parte de los regulados; aunque ha transferido el problema al riesgo de captura de la Secretaría. La mesa de debate señaló que esta constituía una idea provocadora que merecía ser analizada. Sin embargo, también se señaló que claramente es más difícil capturar un órgano colegiado y técnico –la Comisión– que a la Subsecretaría, por lo que, en principio, aun por razones de gestión del riesgo de captura sería preferible, desde luego, concentrar las funciones reguladoras en la CFT, cerrando una de las ventanillas.

Por cuanto a la ubicación del órgano regulador, algunos evaluadores indicaron que éste debiera constituirse como un órgano jurisdiccional del Estado. Así, por ejemplo, en Estados Unidos y Canadá, el órgano de regulación de las telecomunicaciones no responde al Ejecutivo, sino al Congreso.

Sistemas de Procedimientos y Gestión

De acuerdo a este panel de evaluación, la CFT tiende, en general, a considerar cuidadosamente y justificar técnicamente sus decisiones, aunque son pocas las áreas en las que puede realmente concentrar su actividad reguladora. En este sentido, la apreciación del panel es que, en los pocos casos en los que la CFT ha tenido realmente poder regulador relevante, su actuación ha sido satisfactoria a la luz de los estándares internacionales.

Sin embargo, durante la discusión también se mencionó, por otra parte, que han habido demasiados cambios en la integración de la Comisión: parecería que la CFT dedica más de un 80 por ciento de su tiempo a ocuparse de temas de su propia integración. Esta inestabilidad ha afectado, sin duda, el buen funcionamiento de sus procesos. En este sentido, los panelistas tendieron a coincidir que si bien si hay un “*expertise*” técnico, se ha dado un enorme desperdicio institucional, en parte generado, como se ha apuntado, por la altísima

rotación de presidentes y comisionados en comparación con otros órganos reguladores. Así, también se señaló que si bien existe una alta capacidad técnica y una especie de servicio civil de carrera dentro de la Comisión, estos factores son muy vulnerables a cambios de dirección en la política y, sobre todo, respecto de la consolidación de una carrera profesional dentro de un sector que sigue siendo relativamente pequeño, por lo que, como cabe esperar, puede amenazar creíblemente con excluir a los reguladores “rudos” del mercado laboral, una vez que han finalizado sus funciones como reguladores.

Se mencionó también la imposibilidad de generar aún mayor capacidad técnica, debido a que algunos comisionados no cuentan con cuerpos técnicos o de asesoría suficientemente dotados para las tareas que tienen que desempeñar, y también en razón de que el *staff* no depende de la Secretaría Ejecutiva que coordina la acción conjunta de la Comisión. Al respecto, un experto señaló que este déficit no obedece a restricciones presupuestarias sino, al parecer, a una decisión política por parte de las Presidencias en turno y de las autoridades federales de asegurar Comisiones reguladoras débiles e ineficientes.

Así pues, a pesar de que se reconoce la existencia de un “*expertise*” del pleno y un “*expertise*” de la estructura, está ausente la coordinación y la articulación entre ambas. Esto último, a su vez, es reflejo de que no existe política de Estado en el sector y de que, en opinión de algunos analistas, los aparatos administrativos de las Comisiones están a disposición de las políticas del Ejecutivo Federal, y no del interés general. Así, se indicó que, en contraste con lo que ocurre con excesiva frecuencia en este sector, los órganos reguladores deben promover y ejecutar políticas de Estado con base en sus atribuciones buscando minimizar las restricciones por cuestiones de orden político.

En relación al desarrollo de las sesiones del pleno de la CFT, la mesa de trabajo cuestionó que éstas operen mediante la regla de mayoría, y no por consenso –si bien se reconoce que la lógica del nuevo reglamento de 2006 había sido justamente “despolitizar” al pleno-. Sin embargo, lo cierto es que la “voz cantante” de la Comisión ha sido la del Presidente, y no la del pleno. Así, señalaron que dada esta potencial desvinculación entre las decisiones del Presidente de la CFT y las opiniones del pleno, impera una lógica de acción colectiva que no depende de la experiencia y capacidad técnica de la CFT como órgano, sino de la gestión de los acuerdos o desacuerdos entre el Presidente y los comisionados; lo cual, desde luego, es incompatible con la posibilidad de generar un impacto regulador de calidad.

Efectividad

Como se ha apuntado ya, los expertos evaluadores convinieron en afirmar que, por lo que respecta a la generación de productos de calidad, cuando ha tenido ocasión de ello la CFT se ha esforzado por utilizar su maquinaria institucional de la mejor manera posible, y ha hecho su tarea de manera aceptable a la luz de estándares internacionales. Sin embargo, como se ha apuntado también, en el trasfondo de esta evaluación positiva se encuentra el consenso de que la CFT está desprovista de una capacidad normativa y de un diseño funcional que le permita actuar como el verdadero regulador de las telecomunicaciones en México. Lo anterior es importante en el contexto de este estudio comparativo pues, en opinión del panel, constituye el contrapunto de la CFC. En otras palabras, a la CFT le falta capacidad y tiene que actuar en un contexto adverso –incluso, como se ha señalado reiteradamente, enfrentando en ocasiones la resistencia de la propia Secretaría de Comunicaciones y Transportes-, pero existe evidencia de que tiene la intención de operar eficientemente en la persecución de sus objetivos; sin embargo, la CFC, ha contado con un entorno razonablemente favorable –tanto respecto de sus

competencias como de su relación con la Administración Pública Federal-, pero no ha mostrado una actitud consistente de utilizar sus recursos institucionales para llevar una política reguladora ambiciosa.

Así pues, los panelistas insistieron que, a pesar de los problemas de diseño ya señalados, la operación de la CFT podría haber sido mucho más satisfactoria, de no ser por la falta de apoyo de la SCT y por un mayor “arropamiento”, por ejemplo, de las Secretarías de Economía y Hacienda. Ilustrando lo anterior, se mencionó cómo la Comisión ganó frente a TELMEX el caso en materia de consolidación de las Áreas de Servicio Local y, sin embargo, sorprendentemente, la Secretaría le otorgó finalmente a esta empresa la suspensión ficta. Así pues, se señaló que si bien esta falta de cobertura por parte de la Secretaría no ha sido constante, no ha sido tampoco infrecuente; factor que, por otro lado, explica en buena medida los problemas de la CFT para consolidar líneas de acción claras.

Al respecto, el panel concurre en insistir que la mayor merma en la efectividad de la CFT es la falta de autonomía respecto de la SCT; esto es, la imposibilidad de distinguir entre el hacedor de las políticas en materia de telecomunicaciones y el ejecutor de esas políticas. Mientras la separación sea confusa, sostienen, no contaremos con un órgano regulador eficiente. Más aún, hubo algunos expertos que señalaron que ni siquiera la SCT puede generar la política del sector, pues el poder económico y político de los agentes regulados tiene una enorme influencia en el Ejecutivo y en el Legislativo.

Concretamente, los panelistas indicaron que, entre las razones que explican que la Comisión no haya podido modificar el sistema regulador actual, se encuentra no sólo la falta de atribuciones de la CFT frente a la SCT como un problema *ab initio* del sistema, sino también el hecho de que los actores económicos han sido muy eficaces en apoyar el mantenimiento del *statu quo* que les beneficia.

Es decir, existen actores dominantes que hacen prevalecer, a través de la representación política -i.e., del cabildeo legislativo- los intereses sectoriales y, en particular, hacen que la CFT no cuente con mayor poder regulador.

Algunos participantes se preguntaron cómo evaluar el impacto regulador de la CFT dada la ausencia de una política explícita en el sector de las telecomunicaciones. A propósito, hubo consenso al cuestionar el contenido del Plan Nacional de Desarrollo, pues en lo referente al desarrollo del sector de las telecomunicaciones no existe una relación entre medios y fines plausibles; esto es, que carece de planeación en un sentido relevante. Al respecto se señaló que la evaluación se puede realizar con base en la política implícita, en cuyo caso la calificación sería alta. Sin embargo, se llegó al acuerdo de evaluar la efectividad de la política explícita o deseable; y, en ese caso, la nota resultante fue muy pobre y los resultados prácticamente nulos (la portabilidad numérica constituye la excepción). Como ilustración de lo anterior, se insistió en la ineffectividad que ha tenido la CFT para emitir y sostener regulaciones en el sector, para ganar los amparos, y para hacer realmente operativo el Plan Fundamental de Interconexión.

Calificaciones de la Comisión Federal de Telecomunicaciones

| Calificación promedio de la Comisión Federal de Telecomunicaciones | Calificación |
|---|--------------|
| <p>- La CFT fue mal diseñada desde su creación. En este punto destaca el problema de la existencia de una duplicidad de competencias con la SCT.</p> <p>- Estos rasgos orgánicos han tenido significativas consecuencias en la operación del órgano, haciéndoles particularmente difícil establecer las condiciones de su autonomía técnica.</p> <p>- Naturalmente, tomando en cuenta los puntos anteriores, no es de extrañar que a pesar de los esfuerzos por regular el sector a la luz de las mejores prácticas internacionales, la CFT no haya sido particularmente efectiva en la realización de los objetivos de política pública para los que cabe pensar que fue creada.</p> | 4.2 |

Comisión Federal de Telecomunicaciones

Calificación final: 4.2

Tema 1. Diseño normativo

- Respecto del diseño normativo de la CFT hay consenso en que quizá el principal obstáculo para la actuación de este órgano provenga de la deficiente conformación de sus competencias y, en particular, de la convergencia de éstas respecto de las de la STC.

4.5

-En este sentido, un panelista insistió en que gran cantidad de tiempo y esfuerzo es perdido como consecuencia de la existencia de una “doble ventanilla”.

- Sobre esta base, se cree en la importancia de consolidar todas las atribuciones de competencia y de regulación en materia de telecomunicaciones en un único órgano con autonomía técnica y política, siguiendo las tendencias internacionales.

| | |
|--|------------|
| Subtema 1.1 Diseño de las competencias del órgano regulador | 4.5 |
| Subtema 1.2 Diseño de la integración del órgano regulador | 4.7 |
| Subtema 1.3 Diseño de los procesos de decisión y de los productos institucionales del órgano regulador | 4.5 |
| Tema 2. Sistema de procedimientos y de gestión | 4.1 |

-
- La existencia de una “doble ventanilla” afecta de manera importante a los procedimientos de la CFT, pues la orientación de los mismos depende en buena medida de la coordinación con el Secretario del ramo, que aunque en ocasiones ha sido buena, también en no pocas ocasiones ha sido muy mala.
 - Además, en este mismo sentido, la SCT tiene una importante capacidad para modificar e, incluso, revertir el sentido de las actuaciones de la CFT, por lo que resulta muy difícil establecer lineamientos claros de la actuación del regulador.
 - A pesar de estas dificultades, y de la manifiesta insuficiencia de recursos humanos y tecnológicos, ese estima que la CFT ha mostrado históricamente una clara disposición para aplicar en su desempeño los mejores estándares internacionales y que, con las limitaciones señaladas, ha sabido elegir las “batallas” que podía luchar, desempeñándose bien en estos contextos.

| | | |
|--------------------|--|------------|
| Subtema 2.1 | Definición de los objetivos institucionales del órgano regulador | 4.1 |
| Subtema 2.2 | Adecuación de los medios institucionales (procedimientos operativos y productos institucionales) a los objetivos institucionales del órgano regulador | 4.7 |
| Subtema 2.3 | Capacidad técnico-institucional de los integrantes del órgano regulador | 3.6 |

Tema 3. Efectividad

- Sobre la base de los comentarios anteriores, se estima que a pesar del esfuerzo de la CFT por realizar los objetivos de política pública encomendados, su propio diseño normativo no permite que estos se realicen.
- Lo anterior resulta particularmente notorio si se toman en cuenta las condiciones del sector, donde prevalecen actores con gran poder económico y político.
- En definitiva, se estima que la actuación interna de la CFT ha constituido un esfuerzo por regular el sector en términos de las mejores prácticas internacionales, pero que su diseño interno y su débil posición dentro del sistema regulativo de la economía mexicana impiden que éste pueda ser un órgano regulador razonablemente efectivo.

4.6

| | | |
|--------------------|--|------------|
| Subtema 3.1 | Efectividad respecto del mandato jurídico | 4.7 |
| Subtema 3.2 | Efectividad respecto de los objetivos de política pública | 4.6 |
| Subtema 3.3 | Efectividad respecto del perfil del conjunto sistema regulativo | 4.5 |

Evaluación de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Como punto inicial de los comentarios generales, se destacó en la mesa de discusión que, dentro de la Administración Pública Federal, la SHCP se ha caracterizado por ser la dependencia que tiene los mejores instrumentos, órganos descentralizados y mejores esquemas de integración de capital humano. Esto es importante mencionarlo porque marca una diferencia sustancial de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), que depende de la Secretaría de Hacienda, con respecto a otros órganos reguladores en México.

También se señaló desde el inicio de la discusión que es importante tener en cuenta que, más que estar regulado por un órgano particular, el sector financiero está regulado por un conjunto de instancias reguladoras, que componen un sistema integrado, entre otras instancias, por la Condusef, el Banco de México, el IPAB, la Secretaría de Hacienda y, desde luego, la CNBV. En opinión del panel es importante señalar esto como un supuesto de la evaluación, pues el contexto en el que funciona la CNBV es complejo dado las competencias de cada autoridad y la interrelación y traslapes regulatorios que guardan entre sí.

Diseño normativo

En relación con el punto anterior, el panel de evaluadores mencionó de manera general introductoria que, como marco de referencia respecto al diseño normativo, se tiene que las materias en que incide la CNBV están relacionadas con la competencia de otras autoridades (del Ejecutivo Federal y constitucionalmente autónomas, como el Banco de México). Dichas autoridades cuentan con mecanismos de interacción, de tal forma que para tomar determinadas decisiones se tiene que contar con la opinión de todas las autoridades involucradas en el sector. Así, una distinción importante respecto del resto de los órganos reguladores evaluados, es que la CNBV interactúa cercanamente con el Banco de México, que tiene autonomía constitucional respecto a las otras autoridades que son

dependientes del Ejecutivo Federal. Este elemento, como se verá, contribuye a la autonomía técnica de la Comisión, o la ausencia de ésta, dentro del mencionado sistema regulativo del sector financiero.

De común acuerdo, en el mismo sentido de lo que ya se ha señalado, en la mesa de discusión se mencionó que no se puede evaluar el diseño normativo de la Comisión sin analizar las atribuciones y competencias del Banco de México y de la SHCP. Se destacó que siempre ha existido una conexión muy cercana de la CNBV con el Banco de México, y con la misma SHCP, hasta el punto de que ambos organismos participan en la Junta de Gobierno de esta instancia regulativa. Algunos evaluadores mencionaron que existe una “especie de duplicación de funciones”, principalmente entre la CNBV y BM, o, dicho en otros términos, una regulación reforzada.

Asimismo, los panelistas señalaron que en materia de conectividad con la SHCP, la Secretaría ha cedido algunas funciones tradicionales a la CNBV. Al respecto, un panelista mencionó que, en su opinión, la Secretaría no debió haber concedido algunas de estas funciones como es la de la autorización de “nuevos jugadores”. Lo anterior en razón de que, en su opinión, la supervisión de un intermediario puede ser objeto de conflicto de interés cuando el mismo órgano regulador ha sido el que emitió su licencia para operar.

Se debatió también si la regulación del sistema financiero en su conjunto debiera ser el único objetivo de la Comisión, o si es conveniente adicionarle la función de impulsor del rol del sistema bancario, como sucede en algunas otras partes del mundo. En otras palabras, se subrayó la necesidad de replantear el objetivo de la CNBV, con competencias no sólo en materia de estabilidad, sino también de desarrollo del sistema bancario.

Así, por ejemplo, la forma en que la CNBV ha establecido los requisitos para otorgar licencias a ciertos intermediarios fue calificada de “poco adecuada” por parte de algunos los panelistas, en cuanto a los requisitos solicitados que no tienen razón de ser y que hacen más tortuosa la entrada de jugadores en detrimento de la competitividad del sector. Adicionalmente, se señaló la muy fuerte carga de requisitos para la generación de reportes que van más allá de la capacidad de supervisión de las unidades regulatorias que los requieren, y que por el contrario imponen altos costos regulatorios a los intermediarios, afectando negativamente su eficiencia. En este sentido, se indicó que la CNBV debiera establecer distintos procedimientos regulatorios de acuerdo al tipo de actor del sistema financiero. Por ejemplo, algunos panelistas coincidieron en que, en materia de generación de solicitud de reportes por parte de la Comisión, debería darse una especie de “purga”, donde se exija a los intermediarios más sofisticados ciertos requisitos que no es pertinente solicitar a los intermediarios más simples. Pero también por otro lado se sugirió generar paquetes de atribuciones y regulaciones que sólo se apliquen a ciertas instituciones de menor escala de acuerdo a su nivel de actividad financiera, el grado de consumo de capital, el tipo de actividad, etc. Es decir, paquetes de regulación que tengan una mayor flexibilidad en virtud de las particularidades de los agentes regulados. Se propuso también que los diversos órganos regulatorios homologaran sus reportes requeridos para alivianar la carga regulatoria a los intermediarios.

Un evaluador señaló que un tema importante respecto al objeto de la CNBV es la distinción entre la misión de la Comisión consistente en proteger los intereses del público ahorrador –esto es, su objeto como regulador “bancario”- y aquel que tiene que ver con el mercado de valores –esto es, su fin como regulador “financiero”-. Al respecto, en la discusión del panel se hizo una precisión respecto al énfasis que tendría el sentido de los comentarios de la evaluación misma, señalando que su evaluación del desempeño de la CNBV se centrará

fundamentalmente en la perspectiva del usuario de las entidades bancarias. A propósito, un grupo de evaluadores matizó que es necesario tener en cuenta que la autoridad más cercana para los consumidores es Condusef y no la CNBV, ya que el objetivo principal de la CNBV no es el de proteger directamente al consumidor a través de la regulación de los servicios financieros a los que accede el público en general, sino protegerlo “indirectamente” o “sistémicamente” mediante mecanismos relacionado con la “salud” del sistema financiero en su conjunto.

Incluso, en el mismo sentido se dijo, a la luz de las últimas reformas a la legislación, que la Comisión ha transferido a Condusef distintas facultades con el objeto de hacer una distinción más nítida entre las funciones de protección del usuario particular y la funciones de protección del sistema en su conjunto. Si bien, el diseño original de CNBV era fungir como abogado del usuario, pues no existía la Condusef. Sin embargo, esto ya había sido modificado a través las reformas anteriores. Al respecto, otro evaluador señala que a pesar de que la CNBV no funja como defensor principal del usuario, sí podría proteger sus intereses a través de regulación de tarifas o eficiencia en distintos servicios bancarios.

La mesa de discusión insistió en que los objetivos de los ámbitos regulatorios de las distintas instancias regulatorias, así como de los diversos intermediarios que conforman los grupos financieros, debieran establecerse muy claramente para evitar el arbitraje regulativo. Esto es, sería oportuno detectar áreas de duplicidad de funciones y ventanas de oportunidad de mejora en los procesos, requisitos y funciones regulativas. En sentido análogo, los panelistas se pronunciaron por la diferenciación clara de las funciones del BM con respecto a la CNBV. Sin embargo, dado que una misión del BM es proteger el sistema de pagos por ende ha abarcado también en parte la supervisión bancaria. Para ilustrar lo anterior se mencionó la existencia de severos problemas relacionados a la

duplicación de reportes, contradicciones procedimentales y duplicación de estructuras.

Para un evaluador es importante contextualizar el diseño normativo de la CNBV respecto del objeto de regulación de la Comisión, es decir, de las entidades reguladas. Se mencionó que las entidades sujetas a la regulación de intermediarios en general no son sólo bancos y casas de bolsa, si no todo el sistema financiero, incluyendo Aseguradoras, Afianzadoras y Afores, Sofomes, Sofoles, Afores, Sofipos, Cooperativas etc., y que posiblemente sea conveniente realizar regulaciones por productos para evitar el arbitraje regulatorio, aunque también es fundamental para lo mismo, una adecuada supervisión consolidada.

Por otro lado, también existen diversos intermediarios aún no regulados de manera adecuada y que pueden ser susceptibles de encontrarse captando del público de manera irregular y que las autoridades se han percatado de que no ha sido adecuado dejar fuera de la regulación a dichas entidades, como es el caso de las Sofomes y de muchas entidades de ahorro popular. El problema radica ahora en que, si se incorporan a la regulación, serían muy difíciles de reglamentar pues son demasiadas entidades y de muy diversos tamaños, aunque es grande el riesgo de dejarlas fuera de la regulación.

Un panelista indicó que es importante llamar la atención sobre el hecho de que este subsistema de captación no bancario del sector financiero no está siendo controlado por la CNBV, ni por ninguna otra autoridad regulativa. Este “sistema paralelo” de ahorro y financiación no regulado, que podría encontrarse según se expresó por algún panelista, en el ámbito del “fracaso de la supervisión bancaria”. Mencionó, en este orden de ideas, que se corre el riesgo de sufrir lo que sucedió en Colombia, donde quebraron las cajas de ahorro, y otras instituciones de

depósitos, las cuales eran equivalentes al 30% del PIB de esa nación en términos de sus activos totales.

En este sentido, se sugirió, debiera conminarse a las autoridades financieras y bancarias de México a anticiparse y asegurarse de que no esté sucediendo esto mismo en el país. Se insistió en que existen grandes oportunidades para la generación de nodos de intermediarios, bien regulados, que operen ese sistema.

En un esfuerzo hacia ese sentido la expectativa, expuso uno de los panelistas, era incorporar al mercado formal a las cajas de ahorro y cooperativas. Para ello se creó una ley específica que privilegiaba la supervisión de estas entidades, misma que no ha generado los resultados esperados. A este respecto, el panel en su conjunto concordó en la necesidad de generar una Ley de Ahorro y Crédito Popular adecuada. Señalaron que la Ley actual solicita requisitos bisoños, y que se evade constantemente.

Se sugirió que con respecto al objeto manifiesto de la CNBV era importante revisar la legislación; analizar si sus competencias son relevantes para cumplir con su objeto. Algunos panelistas establecieron que la CNBV era un órgano “enano”, pues no lograba aglutinar dentro de sus competencias a todos los agentes del sistema financiero.

Con relación a este punto, la mesa de análisis concluye que la visión que tienen las autoridades del sistema financiero es una muy distinta a la que tienen los usuarios. Asimismo, el universo financiero sobrepasa por mucho al de los bancos y las casas de bolsa. En otras palabras, que la realidad financiera está superando a las autoridades y a la normatividad vigente basada en la regulación de instituciones en lugar de una regulación de actividades.

El panel concluyó que lo anterior da lugar a que la CNBV no se dé abasto respecto del amplio abanico de entidades y actividades que debería supervisar. Por ello, como se ha apuntado reiteradamente, el panel coincidió en que la Comisión regula a muy pocos actores, pero si se llegara a incluir la regulación a la banca popular, el sistema tendría huecos que no podrían ser cubiertos ni siquiera con la operación complementaria de la Condusef. Sobre el particular, el panel concluye que existe una importante deficiencia en la regulación en los dos extremos del sistema financiero: respecto de las instituciones que realizan actividades de captación, pequeñas y atomizadas, y respecto de las instituciones más grandes que integran bajo un mismo “paraguas” una amplia serie de operaciones que, con frecuencia, tienen carácter internacional, que requieren de supervisión consolidada a nivel nacional e internacional, y que sobrepasan el ámbito técnico y de recursos de supervisión de la CNBV. Un experto sugiere que existen paralelismos con la CFC, que tiene capacidad de regular a los pequeños agentes económicos pero no es suficientemente fuerte como para combatir a los grandes monopolios.

En otro orden de ideas, con respecto a la integración de la CNBV se sugirió que, en razón de que su junta de gobierno es presidida por el Secretario de Hacienda, no existe mucha autonomía técnica de la Comisión con respecto a dicha Secretaría, aunque también se mencionó que en otros países, el modelo de la Comisión no difiere mucho del de la CNBV, como es el caso de Canadá. Otros países, como Colombia, determinan una autonomía total, mientras que algunos siguen aprovechando la autonomía de sus Bancos Centrales para insertar en ellos la supervisión, alternativa que debería considerarse para el caso de México ya que además eliminaría los problemas de duplicidad supervisora acusados en párrafos anteriores.

Ante tal propuesta el resto del panel respondió que no es claro establecer cuál sería el diseño óptimo, particularmente a la luz del contexto económico

mundial actual, en el que se adoptó en cierta medida el modelo propuesto y ello no evitó, en alguna medida, los resultados recientes.

Otro evaluador considera que tal vez el problema no sea de arquitectura, sino de arbitraje regulatorio, por la multiplicidad de autoridades y las zonas de penumbra que existen en el sector; lo cual genera incertidumbre, porque aunque haya que hacer un trámite frente a la CNBV, en ocasiones también hay que convencer a Hacienda y a Banco de México para que emitan una opinión sobre el trámite en cuestión.

Así, en cuanto a la ubicación del órgano en la Administración Pública se recordó que se trata de un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda, con una junta de gobierno presidida por el Secretario de Hacienda, en el que participan el resto de las comisiones reguladoras y participan algunos vicepresidentes de la propia Comisión. En todo caso, el panel coincidió en que la integración del Gobierno Corporativo de la CNBV no constituye, en principio, un obstáculo para la operación eficaz de la Comisión que, por otra parte, como ya se ha señalado, opera dentro de los estándares internacionales en el ramo.

Además, es preciso señalar que no todos los asuntos son competencia de la junta de gobierno, y que, aunque la Comisión Bancaria está más sujeta al conjunto de autoridades regulativas en el ámbito financiero, a diferencia, por ejemplo, de la CFT respecto de la SCT, la CNBV tienen un “código genético” totalmente compartido con las autoridades con las que comparte competencias regulativas, por lo que hay una sustantiva coincidencia en los ejes rectores de la actividad regulativa.

En la mesa de discusión se debatió si lo anterior era funcional, concluyendo que este funcionamiento responde al diseño en su conjunto y que tiene, por lo

general, una valoración positiva. En otras palabras, se trata de una de las comisiones menos autónomas pero con mucha eficacia en comparación con otros órganos reguladores. Así, se concluye que el modelo es ideal para este sector, porque da fortaleza a la regulación.

Los evaluadores coincidieron en que aunque hay un problema con el diseño, ya que la estabilidad en las políticas regulativas se debe más a un aprendizaje producido por las crisis económicas que ha sufrido el país, más que al diseño mismo de la Comisión como un órgano autónomo respecto de las políticas contingentes del gobierno, un evaluador mencionó que no se verían muy claras las ventajas de una CNBV autónoma. Por ejemplo, en otros países donde la Comisión Bancaria goza de autonomía se generan enfrentamientos y controversias constitucionales. En México, ya sea por el diseño normativo o por que existen coincidencias y consensos en cuanto al sistema financiero y a la visión de gobierno financiero, existe coordinación y un orden que facilita los procesos de desarrollo y regulación financiera.

Así, los expertos coincidieron que, en cuanto al tema de autonomía, lo que se debe llegar es a un balance razonable que garantice ésta en sentido técnico, que amplíe las capacidades técnicas de la Comisión, pero que permita la cooperación y la colaboración política dentro del seno de la junta de gobierno, plenos y demás instancias.

El panel coincidió en que la regulación secundaria que emite la CNBV a través de las circulares funciona, y que, por lo general, una buena medida de los regulados cumple la regulación no tan sólo por el riesgo de una sanción –que, efectivamente es alto y puede llegar a ser enormemente costoso para una institución- sino que lo hacen porque consideran la regulación como fundamentalmente correcta y justificada. Así, en general, los bancos son muy

cautos, llegando incluso a condicionar voluntariamente determinadas decisiones a una consulta previa con la CNBV. Tan es así, que las áreas de *compliance* de los bancos han crecido mucho, porque hay mucha fuerza por parte de la regulación y mucha actividad preventiva. En otras palabras, la CNBV cumple en buena medida su objeto mediante actos preventivos.

En cuanto a qué tan adecuada es la Comisión para prevenir crisis financieras, a la luz de la reciente Crisis que no afectó al sistema bancario mexicano, se sugiere que en la medida en la que en México no se ha desarrollado un mercado financiero suficientemente profundo y sofisticado -es decir, no se ha desarrollado, por ejemplo, un mercado de derivados sofisticado-, el sistema financiero mexicano no fue gravemente dañado por la crisis financiera internacional actual. De esa forma se sugiere que la estabilidad del sector no tiene por qué considerarse precisamente como un éxito de la regulación, sino quizá, más bien una cuestión circunstancial.

Sistemas de Procedimientos y Gestión

Se planteo si la Comisión realmente opera como un órgano técnico, a lo que se dijo que sí y que, incluso, se utilizan las mejores prácticas internacionales. Sin embargo, se aludió nuevamente al hecho de que las pruebas substantivas de efectividad en la supervisión por parte de la Comisión se darían en la medida en que los mercados mexicanos se homologuen a otros más desarrollados en cuanto a instrumentos financieros sofisticados y en cuanto a "*financial deepening*". Por ejemplo, la cartera crediticia en otros países con respecto del PIB es en promedio equivalente al 100%, mientras que en México no llega ni al 20%. Cuando la cartera crezca y el mercado se sofisticue se pondrá a prueba verdaderamente la capacidad técnica de la CNBV.

Sobre el tema de si los procesos de decisión de la CNBV son adecuados a sus funciones, se dijo que debido a que es un órgano coordinado en el que por regla general se discuten los temas de manera colegiada con otros órganos regulativos y comités, tales procesos son convenientes para que ejerza sus funciones.

En cuanto a la disciplina de mercado, se cuestionó el hecho de que algunas de las pérdidas en el mercado financiero se privatizan, en relación con las instancias en las que el costo social se colectivice. A decir de un evaluador, cuando se quiebra un banco pequeño, “se celebra”, pero cuando quiebra uno grande, se socializan las pérdidas –aunque esto ocurre en muchos sistemas, no sólo en el mexicano. Así, no hay privatización de pérdidas y, en cambio, existe “una mentira de diseño” en el sentido de que al no dejar quebrar instituciones grandes el seguro de depósito se generaliza más allá de los estatutos. También se dijo que ha habido tanta preocupación por el rescate bancario de 1995, que ahora existe sobre regulación y autoridades muy “empoderadas”.

El panel coincidió en señalar que, en materia de gestión y procesos, se tiene a una Comisión “congelada”. El peso histórico de la crisis de 1995 ha sido tal que el papel actual de la CNBV es mantener controlados a los bancos. Mientras la Comisión se desempeñe bien en este sentido, su principal tarea estará satisfecha y mantendrá tranquilo al sistema financiero. El gran problema con ello es que se está dejando de lado el desarrollo de mercados; esto es, la visión, el orden y la dirección de hacia dónde han de avanzar y expandirse los mercados financieros -y, como ya se mencionó, la regulación de mercados secundarios-. En esta misma línea de ideas, se señaló que el Poder Legislativo tampoco está haciendo un papel notable, pues se ha concentrado en vigilar la regulación bancaria, más no en el desarrollo de un sistema financiero robusto.

En cuanto a su funcionamiento y procesos, la mesa de discusión coincidió en un punto que ya se ha señalado con anterioridad: en que la CNBV está dividida en una serie de operaciones más desarrolladas, con experiencia, que se centra en la regulación de los grandes bancos, y una serie de operaciones en las que se manifiesta un menor rigor y una menor experiencia, concentrada en la regulación del mercado secundario de las Sofipos, Afores, Uniones de Crédito y Cajas de Ahorro, etc. -mismo que ocupa el 10% del sistema bancario en activos-, donde se presenta un actividad económica poco controlada, en la que los servicios financieros son realizados por empresas con falta de capacidad y estructura para generar mercados sólidos, pero que en su conjunto podrían representar un riesgo sistémico, por lo que deberán realizarse esfuerzos para homologar las prácticas de supervisión y regulación de los intermediarios pequeños a la par de la de los grandes, aunque tomando en cuenta los niveles relativos de complejidad de sus operaciones.

A propósito de la carga de trabajo que debería enfrentar la CNBV, se mencionó que la Comisión se está viendo mermada en cuanto a su capital humano, debido al deterioro de sus niveles salariales. Los costos de oportunidad para los funcionarios de no optar por opciones laborales dentro del sector privado, son muy altos. Adicionalmente, la capacidad de “*enforcement*” de la Comisión se ha visto debilitada, en proporción directa a la pérdida de su capital humano calificado.

Efectividad

El panel sugirió que en México contamos con un árbitro fuerte, que conviene a todos los competidores y a toda la sociedad en su conjunto. Es una variable importante, cuando los propios regulados prefieren que haya una autoridad que fije las reglas porque da certidumbre.

Así, en cuanto al tema de captura algunos evaluadores señalaron que no ocurre tal situación por parte de los reguladores. La cuestión sería determinar, en todo caso, si esto se debe al diseño institucional o a las circunstancias, aunque se reconoce que es indiscutible una vinculación entre Comisión y regulados que la asumen como autoridad. Sin embargo, también se planteó que aunque no es tanto que se dé un fenómeno de captura en sentido estricto, podría existir alguna forma de “connivencia” en la que los regulados estén contentos con la regulación de la CNBV porque les permite obtener beneficios superiores a los de otros mercados. Respecto de este punto existió desacuerdo entre los panelistas, pues algunos de ellos consideraban que la regulación bancaria mexicana coloca a los agentes en condiciones de competencia normales respecto de los mercados internacionales, aunque en todo caso se reconoció que es importante distinguir entre la coincidencia de intereses entre los regulados y los reguladores, y la capacidad de los primeros para modificar la voluntad de los segundos con la finalidad de que sea favorable.

En la misma línea de ideas, se reconoció que hay dos funciones de un regulador respecto de la competencia en los mercados: establecer las condiciones de “*fair play*” entre los competidores y la de forzar la competencia. Para el caso mexicano, el panel coincidió en sugerir que aunque todos los regulados en esta materia tienen las mismas reglas, éstas no los obligan a competir tanto como sería deseable. Al respecto, un evaluador consideró de suma importancia aclarar dos puntos: las utilidades de la banca mexicana no se encuentran entre las más altas del mundo, ni las tasas de interés activas en México tampoco están entre las más altas, lo cual indica y permite suponer que la CNBV no se encuentra capturada por los regulados. México está ubicado a la mitad de la tabla en los dos puntos; mostrando que en México se cuenta con un regulador eficaz y dentro del estándar mundial.

A diferencia de lo expresado anteriormente, en opinión de un panelista, existe captura del regulador por parte de los regulados en razón de que estos constituyen el universo de los futuros empleadores. También se sugirió que puede existir una captura regulatoria del Congreso, como parece indicar, por ejemplo, el caso de las Uniones de Crédito: mientras que la SHCP originalmente buscaba desregularlas, el Congreso de la Unión optó por presionar para mantenerlas reguladas mediante la nueva Ley de Uniones de Crédito.

El panel concluye que en México se cuenta con un sistema de regulación y de intereses difusos con herramientas que funcionan, aunque éstas sean insuficientes. Más aún, algunos evaluadores coincidieron que lo más sano en el sector público mexicano es justamente la función regulatoria de la CNBV.

Calificaciones de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

| Calificación promedio de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores | Calificación |
|--|--------------|
| <p>- Se considera que dentro del sistema regulativo del sector financiero, la CNBV tiene competencias bien definidas y correctamente articuladas con los demás organismos del sistema, aunque pueden mejorarse en cuanto a la eficiencia, ya que existe un importante arbitraje regulativo.</p> <p>-Se considera que el órgano regulador cuenta con las condiciones para ejercer sus funciones sobre la base de lineamientos técnicos, aunque éstas estén coordinadas con los demás agentes reguladores del sistema, en particular con la SHCP y el BM</p> <p>- Se estima que el desempeño de la CNVB ha sido en general satisfactorio, en particular respecto del establecimiento del un sistema bancario estable, pero existen dudas sobre si su desempeño podría seguir siendo satisfactorio ante el desarrollo de un mercado de capitales más robusto y, sobre todo, existe preocupación por la deficiente regulación de importantes áreas del sector financiero, particular las relacionadas con el ahorro popular.</p> | 6.1 |

Comisión Nacional Bancaria y de Valores

Calificación final: 6.1

Tema 1. Diseño normativo

6.6

- El primero punto que se destaca respecto del diseño normativo de la CNBV es que no debe verse como un órgano regulador aislado, sino como parte de un sistema de autoridades que comparten y coordinan competencias para la regulación del sector financiero. Y que dentro de este sistema puede considerarse que los agentes reguladores son la SHCP y el BM.

- Tomando en cuenta lo anterior, el diseño normativo de la CNBV tiene que evaluarse sobre la base de las competencias parciales que le son asignadas dentro del sistema, entre las que destacan sus funciones regulativas respecto de la banca y el mercado de valores.
- Ahora bien, en este contexto específico, resultan claras las atribuciones de la CNBV dentro del sistema regulativo del sector.

| | |
|---|------------|
| Subtema 1.1 Diseño de las competencias del órgano regulador | 7.5 |
| Subtema 1.2 Diseño de la integración del órgano regulador | 5.8 |
| Subtema 1.3 Diseño de los procesos de decisión y de los productos institucionales del órgano regulador | 6.5 |

Tema 2. Sistema de procedimientos y de gestión

- El carácter sistémico de la regulación en esta materia supone una importante dificultad para fraccionar los procedimientos regulativos. No obstante, respecto de las competencias específicas de la CNBV, se estima que sus procedimientos reflejan de manera bastante precisa los estándares internacionales.
- No obstante lo anterior, entre los panelistas subsiste la duda de si el correcto funcionamiento del sistema regulativo –y en particular, de la CNBV dentro de éste- es el resultado de un buen diseño o una coincidencia respecto de los criterios técnicos y los fines subyacentes.
- En este sentido, un panelista insiste en destacar las dudas respecto de si este sistema es funcional dadas las características y el nivel de desarrollo del mercado financiero en México o si realmente se cuenta con el diseño de un sistema robusto.
- Reconociendo la dificultad para hacer una evaluación respecto de condiciones hipotéticas, otros panelistas señalan que, en todo caso, los estándares de actuación de la CNBV corresponden a las mejores prácticas internacionales y que difícilmente se puede esperar que un órgano regulador –particularmente, siendo sólo una pieza dentro de un sistema regulativo- pueda desarrollar mejores pautas que las que operan en la economía global.
- Ahora bien, ante la opinión de algunos panelistas de que la CNBV no tiene una fuerza suficiente para imponer a los regulados condiciones de competencia que beneficien a los consumidores, otros panelistas sostienen que sí la tiene y que además la ejerce. Y que la existencia de un importante grado de cooperación entre el regulador y los regulados no debe interpretarse como un signo de captura, sino más bien como el resultado de la percepción de riesgos sistémicos y el interés compartido en gestionarlos de la mejor manera.

5.6

| | |
|--|------------|
| Subtema 2.1 Definición de los objetivos institucionales del órgano regulador | 5.1 |
| Subtema 2.2 Adecuación de los medios institucionales (procedimientos operativos y productos institucionales) a los objetivos institucionales del órgano regulador | 6.0 |
| Subtema 2.3 Capacidad técnico-institucional de los integrantes del órgano regulador | 5.8 |

Tema 3. Efectividad

6.0

- Existe consenso en que la actuación de la CNBV es efectiva, aunque se insiste en

el carácter sistémico de la regulación del sector.

- No obstante, también se señala la existencia de importantes y peligrosos “huecos” en la operación de la CNBV. En este sentido, se insiste en señalar la significativa diferencia en la operación del órgano respecto de la Banca y el mercado de valores, y la operación de la CNBV respecto de otras entidades ocupadas fundamentalmente de servicios relacionados con el ahorro popular.
- Así mismo, se señala que en la evaluación de la efectividad de la CNBV es importante establecer un umbral temporal pues, en correspondencia con las condiciones de los mercados financieros nacionales, este órgano ha realizado funciones muy distintas a lo largo del tiempo.

| | |
|--|------------|
| Subtema 3.1 Efectividad respecto del mandato jurídico | 5.9 |
| Subtema 3.2 Efectividad respecto de los objetivos de política pública | 5.9 |
| Subtema 3.3 Efectividad respecto del perfil del conjunto sistema regulativo | 6.2 |

Evaluación de la Comisión Reguladora de Energía.

Probablemente uno de los temas más recurrentes en el panel de expertos respecto de la evaluación de la CRE resultó el problema de cómo encuadrar las funciones de este órgano regulativo; cuestión cuya respuesta, desde luego, afecta significativamente la valoración en los distintos planos de los que consta este ejercicio. En síntesis, este problema de base se planteó de la siguiente manera: como se ha señalado en la introducción de este informe, sobre la base de la teoría más difundida de qué es un órgano regulador, este tipo de órganos suele ser visto como instancias de intervención gubernamental en mercados, por lo que, como se ha indicado, la función regulativa suele ser vista como una actividad dirigida a la creación, el mantenimiento y la corrección de mercados. Al parecer, en este mismo sentido podría interpretarse la intención original de la creación de este órgano regulador: una política general de privatización de la exploración y producción de Gas y de la cadena de la Industria Eléctrica (y también partes de la industria del petróleo - refinación y transformación), que requería previamente de la implementación de un órgano regulador que fuera administrando el proceso de cambio para dar lugar a mercados competitivos. No obstante, por distintas razones, esta conformación del espacio de la regulación energética no llegó a consolidarse plenamente, sino que, al final, la actividad potencialmente regulable quedó segmentada entre actividades de mercado y las actividades bajo el control de entidades paraestatales y, directa o indirectamente, de la Secretaría de Energía.

Este escenario hace que sea muy difícil establecer qué es lo que hay que evaluar en los distintos niveles de los que consta este ejercicio. Por un lado, algunos panelistas señalaron la pertinencia de evaluar sólo la actividad de la CRE respecto de aquellas materias en las que sí puede decirse que opera realmente como una autoridad regulativa, a saber: la industria del gas (natural y LP).

Así, un panelista enfatizó que, respecto del amplio y complejo sector energético nacional, cualquier análisis debe partir de tener en cuenta la asimetría de funciones que tiene la CRE en relación con la distribución y organización de la industria del gas, frente a sus capacidades regulativas en relación con la industria eléctrica o los hidrocarburos. En este orden de ideas, se proponía la posibilidad de hacer una ponderación de la evaluación de sus funciones como regulador *strictu sensu*, y de otras funciones de la CRE, bien sean consultivas o indirectamente regulativas. A propósito de este punto, se señaló que seguir esta estrategia sería muy complejo, pues las competencias de la CRE son difusas y asimétricas y, en todo caso, al igual que en los demás órganos analizados, no se trata sólo de evaluar la actividad regulativa de las comisiones, sino el sistema regulativo en su conjunto -incluida, desde luego, la pertinencia de las decisiones de crear o no los contextos de intervención y las competencias regulativas-.

Por otra parte, otros panelistas opinaron que esta estrategia supondría el riesgo de dejar fuera de la evaluación del desempeño de la CRE algunas de sus más significativas intervenciones puntuales en la ordenación del sector energético, y que van más allá de la regulación de los mercados de gas como, por ejemplo, la relativa a la autorización a agentes privados para la generación de electricidad, que ha tenido importantes y favorables consecuencias en la estructura de costos de algunas industrias líderes del país, como la cementera. Por su parte, otro grupo de panelistas consideraron que, en algún sentido, dado que el cuestionario que sirve como base a la discusión no sólo formula preguntas respecto de cómo actúan los órganos regulativos, sino respecto de cómo deberían actuar, incluye por sí mismo la valoración de distintos aspectos en los que la CRE satisface, o no, los estándares de un órgano regulador en este sector. Dicho en otras palabras, algunos panelistas consideraron que el propio cuestionario -que se centra, como se ha visto, en el diseño, la operación y la eficacia- servía como un modulador del sesgo de las valoraciones, dado que, como se ha apuntado, el mismo se dirige no sólo a una

evaluación retrospectiva de la actuación de las Comisiones en estudio, sino una evaluación de la pertinencia de las decisiones relativas a su creación y diseño, y de la eficacia respecto de la política pública que explícita o implícitamente están dirigidas a implementar.

En definitiva, respecto de esta polémica relativa al marco de la evaluación de la CRE se acordó que, aunque el panel reconoce la importante asimetría en las funciones de la CRE dentro de la regulación del sector, cada evaluador haría una valoración personal, desde su experiencia, desde su propio conocimiento del desempeño de la CRE y desde sus propia visión del conjunto del sector energético, de los distintos factores que afectan una valoración ponderada del desempeño del órgano en cuestión.

En este punto, un evaluador hizo constar que en lo correspondiente a su evaluación particular sí haría una distinción clara entre la evaluación del desempeño de la CRE respecto de la industria del gas, donde lo considera fundamentalmente positivo, y su desempeño en otras áreas, como la electricidad, donde lo considera fundamentalmente negativo.

Diseño normativo

De nuevo, en el mismo sentido de lo señalado antes, algunos panelistas indican que es importante considerar el complejo ámbito del sector energético nacional como telón de fondo del diseño normativo de la Comisión Reguladora de Energía (CRE). Hacer esto permite distinguir la dificultad operativa de un órgano regulador que funciona en un sector inundado de políticas públicas que trabajan en sentidos contrarios y con condicionamientos históricos muy complejos. En concreto, es importante tener en cuenta, como marco general de este análisis que, en contraste con lo que podría pensarse dada su denominación, la CRE no es un órgano regulador de la totalidad del sector energético, sino que sus competencias

se encuentran muy acotadas, gravitando fundamentalmente, como se ha apuntado, en torno al gas natural.

Así pues, en este orden de ideas, resulta conveniente hacer un corte temporal en la regulación del sector energético nacional, y tomar 1992 como año de partida del análisis en cuestión, pues en esta fecha se hacen importantes incorporaciones a la Ley de Energía de 1975. En su conjunto, estas reformas legislativas tuvieron en su momento un sentido muy claro: fomentar la participación de particulares en el sector energético del país; es particular, respecto de la generación de electricidad. Y si bien, como se señala, esta participación se limitaba sólo a las actividades de generación eléctrica, venía a constituir una primera reforma en el sentido de una más amplia incorporación de la inversión privada en el sector.

En este orden de ideas, si se revisa el marco normativo que crea y ordena las funciones y atribuciones de la CRE, se constata que el decreto de 1993, donde se crea de la CRE como órgano desconcentrado de la Secretaría de Energía (SENER) es reforzado en 1995 por la Ley de la Comisión Reguladora de Energía, con una intención de hacerla perdurable, de asignarle funciones de muy distinta índole – algunas de ellas, incluso, atípicas de un órgano regulador- y, finalmente, con el objeto de otorgarle capacidades expansivas que, posteriormente, se irían definiendo conforme se fueran dando las transformaciones estructurales del sector, fundamentalmente en la dirección de una mayor participación de los mercados. Lo anterior en un aparente intento por colocar esta decisión de política de modificación en el régimen regulativo del sector energético más allá de contingencias políticas y, sobre todo, de articular al sector energético dentro de una transformación del modelo económico general.

Así pues, entre 1992 a 1995 se ampliaron transitoria y gradualmente las competencias de la CRE, con la intención de superar el carácter consultivo de la Comisión robusteciendo sus capacidades regulativas. Sin embargo, a partir de 1997 ya no se hicieron mayores reformas legales para la incorporación de la iniciativa privada en el sector; lo cual, sin duda, vino a constituir un “giro de timón” en la orientación del sector y, naturalmente, un “corte” en el desarrollo potencial de la CRE. Así, sugiere un evaluador, uno de los problemas del sector energético es que tiene diversos niveles de apertura, que han ido ocurriendo de manera gradual, pero que no han acabado de definirse totalmente. De aquí que la CRE sea un regulador atípico, operando en sectores medio cerrados en los que tiene que convivir con agentes económicos públicos (paraestatales, como PEMEX y la CFE) que dominan la actividad. En este caso, a diferencia del de la CFT, el órgano regulador funciona de manera asimétrica por subsector por la mayor o menor apertura del sector a las actividades privadas. Dicho en otros términos, con independencia de cual pudiera haber sido la intencionalidad original de su creación, la CRE actual resulta un órgano con una triple identidad; en parte opera como un órgano regulador de mercados, en parte opera como un regulador gubernamental, y en parte opera como un organismo intermedio dentro de la gestión centralizada de una parte significativa del sector.

Por otro lado, otro rasgo general del diseño de la CRE es que aunque sus atribuciones están definidas en la Ley, lo que no resulta claro del análisis normativo es cómo puede llegar a realizar sus objetivos; es decir, los medios con los que puede llegar a realizar sus fines. Así pues, en este mismo sentido, de acuerdo a algunos evaluadores, un elemento importante en el diseño de las competencias de la CRE es que no se encuentran “encapsuladas” en su propia Ley, si no que se han visto mediante transformaciones del marco legislativo del sector, como ha ocurrido en materias como los bioenergéticos, las energías renovables, etc. No obstante, a pesar de esta configuración gradual de las atribuciones de la CRE,

sigue resultando clara la ausencia de un modelo de órgano regulador, lo cual se manifiesta en las importantes indeterminaciones acerca de la forma en la que la CRE puede ejercer un poder regulador efectivo.

Por lo que se refiere al objetivo de la CRE, un evaluador señala que se estableció de una manera abierta y potencialmente incluyente debido a que, como se ha apuntado, parece que la intención original en el contexto de la creación y ordenación del órgano regulador era abrir la producción y exploración de gas natural a la inversión privada y a la importación. Asimismo, señaló que, a partir de 1992 y hasta 1997, lo que se argumenta oficialmente es que la importación de gas permitiría combinar importación de gas natural que estaba abierta a mercado con la construcción de ductos privados, ello haría posible contar con una industria paralela de transporte y venta de gas natural, de gas importado y ductos privados. Dicho proyecto no prosperó a partir de 1998, no obstante, porque no se concretó su viabilidad política, la fortaleza del órgano regulador, pero también, particularmente, debido a la dominancia de PEMEX en el mercado de ductos.

De igual forma, la amplitud del objetivo legislado se explica también porque se buscaba que el desarrollo de la industria eléctrica estuviera vinculado con la existencia de un mayor número de oferentes de gas natural en el país - lo cual explica porqué en la década de los noventa se crearon muchos proyectos independientes de energía eléctrica que iban a ser alimentados con gas natural-.

Como se ha señalado reiteradamente, la mayoría del panel coincide en que lo anterior es sumamente relevante para entender la razón por la que la CRE se concibió con un modelo de industria que nunca llegó a existir. El objeto y finalidad de la CRE era muy tentativo en su redacción porque se quería que en un momento dado, sin necesidad de cambiar la Ley, se pudiera introducir competencias en las actividades arriba mencionadas.

En síntesis, la mayoría de las opiniones de los expertos convergen en considerar a la regulación de los objetivos y de las competencias de la Comisión Reguladora de Energía como el producto de una política ambiciosa, programática, que en su momento pretendía ir más allá de la realidad y que, por tanto, al no haberse verificado las transformaciones de las que la misma norma hace depender sus condiciones de operación, corre el riesgo de resultar inoperante.

No obstante, un panelista insistió en que no era justo evaluar a la CRE como un órgano regulador inoperante a la luz de un hipotético modelo de industria que, a juicio de otros evaluadores, no llegó a materializarse. En su opinión, la evaluación ponderada de la CRE debe partir de considerar que, primero, se diseñó un modelo de industria en la que hubiera competencia donde pudiera existir -fundamentalmente, en la comercialización- y, luego, se establecieron competencias regulativas para el poder de mercado remanente -producción, monopolio jurídico, transmisión y distribución, etc.-. Es más, en opinión de este panelista, sobre la base de esta visión a largo plazo, se llevó a cabo una reforma regulativa que ha resultado de gran calidad; fundamentalmente, insistió, en la materia específica de la industria del gas donde, en su opinión, una vez que se decidió mantener el monopolio de PEMEX, la regulación de los precios de primera mano del gas natural y el gas LP, resulta la mejor -o, en sentido estricto, la segunda mejor- opción desde el punto de vista técnico. En este orden de ideas, este panelista señaló que era importante tener en cuenta que, desde la perspectiva de la teoría económica de la regulación, la CRE ha generado una regulación muy sofisticada, que ha sido reconocida internacionalmente por su alta calidad técnica. Por ello, este panelista considera que la regulación generada por la CRE ha sido en términos técnicos muy buena, aunque ha enfrentado importantes restricciones institucionales que no le han permitido tener los efectos que cabría esperar.

Ahora bien, en el panel también se indicó que un elemento que contribuye a la endeble función reguladora de la CRE es que su norma eje señala genéricamente que ésta tendrá que promover la competencia en el sector, pero sin establecer un mandato concreto ni la capacidad de perfilar los mercados relevantes en esta materia. Este mandato lleva a una confusión en la que, supuestamente, deben competir de la misma forma procesos y servicios en escenarios de competencia de mercado que en escenarios de control público. A propósito, se señaló, por ejemplo, que en algunas funciones regulativas típicas, como el establecimiento de tarifas de electricidad, la CRE ha tenido una función residual frente a las posiciones dominantes de la Secretaría de Hacienda y de la Comisión Federal de Electricidad.

A manera de síntesis de esta discusión, un evaluador apunto la importancia que puede derivarse para la cabal apreciación de las funciones de la CRE de reconocer el hecho de que en México en general, pero respecto de los recursos energéticos en particular, hemos sido poco claros al reconocer que el Estado actúa desde dos posiciones potencialmente contradictorias: como dueño -i.e., como representante de la Nación, titular de los derechos de propiedad- y como autoridad reguladora.

En cuanto a la integración de la CRE, el panel destacó principalmente que los Comisionados son nombrados directamente por el Ejecutivo Federal. Si bien los requisitos son muy básicos y no han servido para garantizar la presencia de reguladores con un perfil técnico robusto, se destaca el requisito de que no tengan incompatibilidades con otras estructuras del sector. Sin embargo, se indicó que este requisito es muy difícil de satisfacer ya que hay un alto nivel de reciclaje de personal entre los regulados, la SENER y la CRE. Adicionalmente, también se apuntó que, pese a sus limitaciones, al igual que en el caso de la CFT, también un sistema de salidas escalonado suele tener efectos positivos para lograr cierta continuidad de la política regulativa frente a las decisiones contingentes del

Ejecutivo. Al respecto, y en relación con el próximo punto, un evaluador insistió en la importancia que debe darse al tamaño del sector a la hora de evaluar la posibilidad de que los integrantes de la CRE tengan importantes niveles de independencia frente a los regulados. En particular, destacó que el peso que tiene PEMEX en el sector hace que sea muy difícil pensar que los reguladores estarán dispuestos a “disgustarse” con la paraestatal, conscientes de que una vez finalizadas sus funciones como regulador, su continuidad laboral en el sector, sea en entidades públicas o privadas, dependerá sensiblemente de no “ser vetado” por PEMEX.

Sintetizando la opinión anterior, un evaluador señaló que con el tiempo se han ido “adelgazando las virtudes técnicas” de los funcionarios de la CRE, hasta llegar a que los requisitos exigidos para su composición sean “la nada misma”, por lo que no se dan los elementos para que los “reguladores” se diferencien de los “regulados”.

Sistemas de Procedimientos y Gestión

En cuanto a los sistemas de procedimiento, se contempla un recurso de revisión que conoce la propia Comisión, lo cual, en la valoración de un experto, puede permitir que se rompa con el criterio de la Secretaría de Energía de los procesos de decisión. Según esta opinión, esta posibilidad procedimental le ha permitido a la CRE “seguir flotando” hasta cierto punto; es decir, mantener cierto margen de autonomía técnica.

Adicionalmente, el panel mencionó que, en cuanto a sus poderes generales, la CRE cuenta con la facultad de requerir información a los distintos participantes del sector, lo cual resulta muy relevante en virtud de que en general existe información muy asimétrica entre las distintas dependencias que conforman el ámbito nacional de los energéticos. Al respecto, la mesa de trabajo señaló que la

CRE vigila el cumplimiento de normas administrativas generales, actúa como árbitro y mediador, y puede solicitar medidas de seguridad que busquen garantizar la estabilidad en los sectores en los que opera, y cuenta con competencias de tipo sancionador (también previstas en los sectores de electricidad, bioenergéticos y en la ley reglamentaria).

Como parte de la discusión de análisis se señaló que, en 2008, se le asignaron nuevas facultades a la CRE, sin proveer los recursos necesarios para ejercerlas adecuadamente. Así, por ejemplo, anteriormente la ley de energéticos operaba con actividades reguladas y no reguladas, mientras que ahora todas son consideradas como actividades reguladas en el sector. Esto, en opinión del panel, resulta paradójico pues la legislación garantiza la presencia del órgano regulador en todos los distintos ámbitos del sector energético, pero no existen las normas que garanticen la competencia en el sector y que hagan necesaria la presencia de un regulador. Este punto puede ilustrarse tomando como muestra, una vez más, el mercado de gas natural; en opinión de los evaluadores, los distribuidores de gas natural han fracasado porque en México no se ha adoptado ni legislación ni políticas que fomenten la competitividad, sino que, por el contrario, adopta medidas inconsistentes con una política a favor de una competencia de mercado transversal: por ejemplo, el Poder Ejecutivo fija el precio máximo del gas LP, mientras que el precio del gas natural está indexado al precio del gas de Texas. Así también, en materia de generación de electricidad, los modelos tarifarios los fija la SHCP y la participación de la CRE en la determinación de éstas es algo menos que marginal.

De esta forma, como se ha mencionado algunos de los miembros del panel concluyen que, en su opinión, las circunstancias del mercado determinan la condición necesaria para evaluar en su conjunto la relevancia de un órgano regulador. En este caso, con respecto a la CRE, si se evalúan sus competencias con

respecto a los estándares mundiales, se concluye que se tiene una buena regulación ahí donde ha podido entrar a regular, bien porque haya realmente mercados bien porque por razones técnicas se requiere un regulador en regímenes monopolistas. El problema, se recuerda, es que aun cuando la regulación ha sido, por lo general, un producto institucional de buena calidad –dados, desde luego, los insumos institucionales disponibles-, esta regulación no ha sido precedida, acompañada o continuada por decisiones (legislativas, administrativas, etc.) que permitieran su operatividad.

Así mismo, en lo relativo a la transparencia, un experto indicó la existencia de una mala praxis por parte de la CRE, que no consiste tanto en no informar, sino en que no se corresponde lo que se informa con lo existente. Para ello, se utilizó como ejemplo la información sobre el sistema de distribución de gas natural, en el que junto con la información relativa a los sectores operativos del sistema, se incluye información sobre partes del mismo que no son operativas. De ello, se produce una información difícil de interpretar y, consecuentemente, difícilmente aplicable al momento de evaluar el desempeño de la Comisión.

Efectividad

Con relación a la efectividad respecto al mandato jurídico, uno de los evaluadores recordó al panel la peculiar situación orgánica de la CRE –que es claramente antagónica al escenario en el que opera la CNBV, antes descrito-. Por ser órgano desconcentrado, la Comisión depende de la Secretaría de Energía; pero, a su vez, el Presidente del Consejo de Administración de PEMEX es el propio Secretario de Energía. De esta forma, ocurre que el más importante de los actores regulados es a su vez el regulador. Dicho en términos de un experto: en México no hemos acabado de decidir cuál es el modelo económico de referencia, la economía dirigida o la economía de mercado; lo cual, se hace particularmente claro en el sector energético haciendo enormemente compleja la evaluación de los resultados de la

regulación. Si no se tiene clara la gramática de la regulación, es imposible evaluarla.

Concretando, en el mismo sentido del comentario anterior, un experto señaló que en la organización de la venta de gas se ha mostrado la incapacidad de la CRE precisamente porque, aunque sí había un modelo regulativo de referencia (el mercado competitivo), este modelo exigía una desintegración vertical de PEMEX en este ámbito, lo cual ha contado con importantes resistencias provenientes no sólo de la paraestatal, sino de algunos participantes en las cadenas de valor que se ven beneficiados por la situación actual. En este punto, un panelista insistió en dejar asentada la pertinencia de no juzgar el desempeño de la CRE sólo en relación con la operación de mercados, pues aun en los modelos de sector energético en los que hay mayor presencia de mercados –como, por ejemplo, Estados Unidos-, por razones técnicas, en las distintas actividades industriales particulares persisten regímenes monopólicos –como, por ejemplo, en el transporte y la distribución-. En este sentido, como ya se ha apuntado reiteradamente, para este panelista es fundamental no confundir la calidad técnica de la regulación y el contexto que hace posibles las condiciones para su eficacia.

En adición a lo anterior -y también en contraste con el margen de efectividad y legitimidad con el que cuenta la CNBV-, se apuntó que la CRE enfrenta importantes resistencias de “agentes sociales” poderosos; en particular, por ejemplo, los sindicatos que, como es sabido, no representan sólo a sus agremiados, sino que extienden su influencia a la defensa de los derechos concernientes a un servicio público de primera necesidad y clave para el país, jugando un papel muy relevante como resortes y frenos del regulador. En otras palabras, la CRE como órgano regulador tiene que lidiar con el poder político en su sentido más literal. Más aún, para apreciar este problema en toda su magnitud, se requiere considerar que a diferencia de los otros órganos reguladores, la CRE no

sólo tiene pretensiones de regular la actividad, el servicio o el bien, sino también una industria –la industria energética- que en cualquier país se compone de agentes económicos enormemente poderosos.

Por otra parte, el panel coincidió en destacar que, regularmente, los intereses, políticas y definiciones de la Secretaría de Energía -y de otras Secretarías como la de Secretario de Medio Ambiente y Recursos Naturales- y de la CRE entran en colisión. A modo de ejemplo, la SENER ha respaldado tarifas subsidiadas, mientras que la Comisión busca establecer políticas en las que los particulares tuvieran incentivos de distinta naturaleza, pero manteniendo tarifas acordes a sus precios reales. En este punto, también se señaló que, en ocasiones, la CRE no sólo no ha contado con el respaldo puntual de la SENER, sino que por las propias características del sector a las que ya se ha hecho referencia, la CRE y la SENER están constantemente en conflicto: la CRE (el regulador) es un órgano desconcentrado de la SENER mientras que la Secretaría –o mejor dicho, su titular- preside los consejos de administración de las industrias paraestatales del sector (los regulados).

Con mayor concreción, y en relación con el problema señalado al principio de los criterios para evaluar a esta Comisión, un panelista indicó que un ejemplo que podría servir como indicador de la eficacia de la CRE es el relativo al servicio eléctrico: cuando la CRE fue creada, el país enfrentaba un serio riesgo de desabasto de electricidad por una grave falta de producción, sin embargo, aunque en la actualidad contamos con una producción superavitaria muy significativa, éste exceso en la oferta no se ha visto reflejado, como cabría esperar, en las tarifas del servicio. Este punto ilustra, a juicio del panel, uno de los puntos críticos en las deficiencias en la operación de la CRE: aunque se reconoce que la Comisión ha hecho importantes esfuerzos por aprovechar las pocas y estrechas “ventanas de oportunidad” que ha tenido para regular efectivamente al sector en beneficio de

los consumidores ha enfrentado importantes restricciones: por una parte, ha tenido que convivir con otros agentes con mayor peso político, técnico y económico y, por otra, ha padecido la indefinición de su mandato de “fomentar la eficiencia”. Como se ha apuntado, por ejemplo, la CRE no ha tenido incidencia ni en la fijación de las tarifas específicas por el servicio eléctrico ni en la política que orienta ese proceso; es decir, la CRE no ha tenido nada que aportar en la deliberación de si las tarifas han de orientarse hacia la imitación del mercado –por lo que su eficiencia podría determinarse a la luz de sus efectos en los costos que enfrentan los particulares (excedente de utilidad)- o si, por el contrario, pueden alcanzar otros fines distributivos sobre la base de subsidios o si deben perseguir propósitos recaudatorios.

En términos generales, la mesa de discusión confirma, en este caso, el “pecado” de origen de este regulador. La CRE constituye un ejemplo claro de la existencia de reguladores débiles ante los regulados porque ni siquiera en el momento de su creación se contaba con las condiciones (económicas, políticas, de ordenación industrial) en las que podía operar un regulador fuerte. Y al respecto, el panel también coincide en señalar que si bien la existencia de órganos reguladores fuertes es condición necesaria para la presencia de mercados competitivos, como muestra precisamente este sector, ésta no es una condición suficiente: la existencia de mercados y, eventualmente, la eficiencia social de éstos –la maximización del bienestar social- depende de decisiones estructurales que no competen a un órgano regulador en el sentido tradicional, sino de decisiones legislativas y constitucionales de las que, en todo caso, depende la posibilidad de acción y, eventualmente, la relevancia de la intervención regulativa de la CRE.

Calificaciones de la Comisión Reguladora de Energía.

| Calificación promedio de la Comisión Reguladora de Energía | Calificación |
|--|---------------------|
| <p>- En el panel existe consenso en que es necesario evaluar a la CRE a la luz de la política pública truncada en la que fue creada: un modelo de industria que no se ha podido desarrollar debido a las restricciones institucionales y políticas del país.</p> <p>- Tomando esto en cuenta, no es de extrañar que la operación de la CRE no haya sido del todo eficaz y que se haya encontrado con frecuencia desplazado por otros agentes reguladores del sistema con mayor capacidad regulativa.</p> <p>-Consecuentemente, tampoco sorprende la poca relevancia de la actuación de la CRE en el impulso del sector energético del país.</p> <p>-Por último, se quiere señalar que con independencia de la valoración numérica, aunque se considere que la actual comisión no esté en condiciones de ocupar un papel predominante en la regulación del sector, esto no significa que sea prescindible o que sus funcionarios no sean diligentes; sino que debe reforzarse su diseño y deben configurarse espacios para una intervención realmente significativa en la ordenación del sector energético.</p> | 5.1 |

Comisión Reguladora de Energía

Calificación final: 5.1

Tema 1. Diseño normativo

- El diseño de las atribuciones de la CRE es amplio e impreciso, aunque esto se explica como consecuencia del diseño prospectivo que la ley pretendió dar a este órgano para que pudiera asumir funciones respecto de mercados que no llegaron a establecerse.

5.7

-No obstante, respecto de las materias respecto de las que sí tiene objeto, las competencias están relativamente bien establecidas, aunque varían significativamente.

Subtema 1.1 Diseño de las competencias del órgano regulador

6.3

| | |
|---|------------|
| Subtema 1.2 Diseño de la integración del órgano regulador | 5.7 |
| Subtema 1.3 Diseño de los procesos de decisión y de los productos institucionales del órgano regulador | 5.8 |

Tema 2. Sistema de procedimientos y de gestión

-Dada su situación como regulador de un sector en el que los principales agentes son entidades públicas que, por otro lado, se encuentran coordinadas por la SENER, dentro de la que se ubica la CRE, los procedimientos del órgano difícilmente pueden ser análogos a los de un órgano con funciones de regulación de mercados (a pesar de que, efectivamente, dentro del sector existan condiciones muy limitadas de competencias respecto de algunos agentes, aunque, desde luego, no de los principales: PEMEX Y CFE). 4.5

- En general, dada la organización del sector, la CRE cuenta con poca capacidad de incidir en la dirección de la actividad, debido a que otros agentes regulativos, en particular la SENER y la SHCP, toman las decisiones más relevantes.

- En todo caso, aun en las materias en las que sí tiene atribuciones propias, enfrenta graves problemas de información asimétrica y una resistencia eficaz de los regulados.

| | |
|--|------------|
| Subtema 2.1 Definición de los objetivos institucionales del órgano regulador | 4.5 |
| Subtema 2.2 Adecuación de los medios institucionales (procedimientos operativos y productos institucionales) a los objetivos institucionales del órgano regulador | 4.8 |
| Subtema 2.3 Capacidad técnico-institucional de los integrantes del órgano regulador | 4.7 |

Tema 3. Efectividad

-El panel está de acuerdo en que, aunque la CRE ha hecho importantes esfuerzos por desarrollar e implementar sus competencias de la mejor manera posible, dado su diseño y, sobre todo, dado que fue concebida para operar en una industria que no llegó a fraguarse, su eficacia respecto de la política energética del país ha sido muy limitada.

-En este punto, al panel le parece relevante señalar la dificultad de hacer una analogía entre la CRE, que se ha ubicado precisamente en un sector cerrado de la economía, y otros órganos reguladores, que sí responden a la lógica de sectores abiertos de la economía. 5.2

- En este punto, tomando en cuenta el contexto de la ordenación general de la economía mexicana, entre los panelistas subsiste el debate de si, tomando su peso específico en el sistema y las funciones particulares que sí le han sido atribuidas, realmente puede hablarse de un órgano regulador o si, más bien, se trataría sólo de un órgano técnico de la SENER.

| | |
|--|------------|
| Subtema 3.1 Efectividad respecto del mandato jurídico | 4.9 |
| Subtema 3.2 Efectividad respecto de los objetivos de política pública | 5.1 |
| Subtema 3.3 Efectividad respecto del perfil del conjunto sistema regulativo | 4.9 |