



Enero, 2015
Documento de Trabajo
Número 1-15

**¿Funciona la Integración de Poderes Reguladores y Antimonopolio?
Estudios de casos en España y México**

Juan Delgado
Elisa Mariscal
Global Economics Group



Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente las opiniones de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey

Acerca de los Autores

Juan Delgado

Director, Global Economics Group. Asesor en competencia, regulación, y política pública con amplia experiencia en el uso de métodos cuantitativos. Primer economista en jefe de la Comisión Nacional de Competencia de España. Fue investigador en Bruegel y en la Escuela de Gobierno de la Universidad de Harvard. También fue economista en la Dirección General de Competencia de la Unión Europea y con la agencia reguladora de telecomunicaciones de España. Doctor en economía por la Universidad Carlos III.
jdelgado@globaleconomicsgroup.com [@JuanDelgado_JD](https://twitter.com/JuanDelgado_JD)

Elisa Mariscal

Directora, Global Economics Group. Asesora en competencia y regulación con amplia experiencia en métodos cuantitativos y análisis económico en políticas públicas. Fue editor en jefe de *Competition Policy International*, una plataforma en línea que publica una revista especializada en temas de antitrust, así como noticias diarias sobre competencia y regulación en todo el mundo. Es Profesora de asignatura en los departamentos de Economía y Derecho en el Centro de Investigación y Docencia Económica. Previamente trabajó para la Comisión Federal de Competencia de México, en LECG y en Cornerstone Research en Estados Unidos. Elisa es Doctora en Economía por la Universidad de California, Los Angeles, UCLA.
emariscal@globaleconomicsgroup.com [@Evmariscal](https://twitter.com/Evmariscal)

Resumen Ejecutivo

Existe una amplia variedad de estructuras posibles para los regímenes reguladores de los países. El presente artículo se enfoca en un análisis de reguladores multipropósito, los cuales combinan poderes reguladores y antimonopolio, como la IFT y la COFECE de México, así como la CNMC de España. Nos concentramos en el diseño institucional, revisando la literatura existente acerca de los pros y contras de los reguladores simples vs. los multipropósito, utilizando el marco institucional español y mexicano para contrastar la manera en que dichos pros y contras han sido diseñados para operar en papel y cómo funcionan en la vida real. Nuestra meta es encontrar evidencia, durante la etapa inicial de las reformas en estos países, del grado en que estos países se han acercado o no al equilibrio del estado de derecho.

Libre INTER Cambio, Centro de Estudios del Derecho de la Competencia y de la Regulación de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, busca ofrecer un medio para la difusión de los principios del derecho de la competencia, del derecho regulatorio y del reto de su aplicación concreta, un espacio para su debate profesional y una herramienta para su investigación rigurosa y para apoyar la docencia.

<http://libreintercambio.fldm.edu.mx/>

[@Libreinterc](https://twitter.com/Libreinterc)

¿Funciona la Integración de Poderes Regulatorios y Antimonopolio? Estudios de casos en España y México*

Juan Delgado
Elisa Mariscal¹

I. INTRODUCCIÓN

Tal y como deja en evidencia la reciente ola de reestructuraciones de agencias reguladoras en todo el mundo tanto los países desarrollados como aquellos en vías de desarrollo tienen ciertas preocupaciones clave en cuanto al establecimiento de agencias que puedan regular, de manera creíble, sectores plagados por fallas en el mercado y/o aquellos que fungen como árbitros de competencia en mercados que deberían actuar libremente. El objetivo de estas reformas refleja un incremento en esta preocupación por construir un orden legal que sea efectivo y que a la vez pueda proveer los incentivos que requiere la ciudadanía para comportarse con apego a la ley. En otras palabras, por establecer un “Estado de Derecho” efectivo.

Con este objetivo en mente, algunas naciones han creado tanto a reguladores con un solo propósito como autoridades antimonopolio separadas, cuyas únicas responsabilidades, respectivamente, son la de regular a sectores específicos y la de aplicar las reglas antimonopolio. Sin embargo, en otras naciones existen instituciones multipropósito que abarcan todas las combinaciones posibles. Como nos indican Kovacic & Hyman,² el arreglo más común es el de combinar los estatutos antimonopolio con aquellos de protección al consumidor y/o con leyes de compras públicas, aunque existen otras combinaciones. Esto incluye instituciones reguladoras de distintas industrias, como la Bundesnetzagentur de Alemania (que regula la industria energética, las telecomunicaciones, el correo y las vías férreas); instituciones que aplican tanto la ley antimonopolio como la regulación de industrias, como es el caso del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) de México, el cual regula y aplica leyes antimonopolio en el sector de las telecomunicaciones desde septiembre de 2013; la recién creada Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España, la cual resulta de la unión de seis reguladores de industria más una agencia antimonopolio; y finalmente la Autoridad de Consumidores y Mercados de Países Bajos (Dutch Authority for Consumers and Markets, “ACM”), la cual combina a la Autoridad de Competencia, la NMA, la Autoridad de Protección al Consumidor y la Autoridad de Correos y Telecomunicaciones (Post and Telecommunications Authority, “OPTA”)

Este artículo se enfoca en el análisis de reguladores multipropósito que combinan poderes como reguladores y antimonopolio, como la IFT de México, la CNMC de España o la ACM de Países Bajos. Procederemos a argumentar que la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) mexicana también se ha convertido en un regulador multipropósito, ya que ahora incluye poderes reguladores *ex post* así como *ex ante* - Estos últimos manifestados como estudios para identificar

* Este artículo es una traducción del inglés “Integrating Regulatory and Antitrust Powers: Does it Work?” Que se publicó en *CPI Journal*, vol. 10, no. 1, primavera de 2014.

barreras a la competencia y acceso obligatorio a insumos esenciales, pudiendo ambos tener como resultado la desinversión de activos.

El artículo se enfoca en el diseño institucional, y no analiza otros factores que afectan los resultados reguladores, tales como el marco legal y el grado de aplicación.³ Hace una revisión de la literatura existente acerca de los pros y los contras de los reguladores simples vs. los multipropósito y utiliza los nuevos ámbitos institucionales en España y México para ilustrar la forma en que estos pros y contras han sido diseñados para operar en el papel, así como la manera en que operan en la vida real. En otras palabras, buscaremos evidencia, durante la etapa inicial de las reformas en estos países, que indique en qué grado estos países se han acercado a un equilibrio en el Estado de Derecho.⁴

A· La Reforma Española

En España el gobierno propuso, en 2012, la fusión de seis reguladores de sectores específicos (energía, telecomunicaciones, medios, correo, transporte aéreo y vías férreas) más la autoridad antimonopolios como un único ente regulador, la CNMC. La propuesta estuvo motivada oficialmente por los recientes conflictos entre distintas intervenciones reguladoras y antimonopolio en el sector de las telecomunicaciones, así como la necesidad de reducir el tamaño y el costo de la administración pública bajo los límites presupuestales del gobierno actual.

La decisión, sin embargo, fue ampliamente criticada por no ser el resultado de un análisis riguroso sobre las necesidades y debilidades del esquema existente, lo cual pone en riesgo la experiencia y los logros acumulados por políticas reguladoras y antimonopolio a lo largo de más de una década.⁵ Existían dudas acerca de la estructura del nuevo macro-regulador y si esta podría garantizar que se materializarían los beneficios potenciales de la fusión.⁶

La CNMC, ahora responsable de regular distintas industrias, así como de la aplicación horizontal de leyes antimonopolio en todas las industrias, comenzó a operar en el último cuarto del 2013. La CNMC se encuentra estructurada alrededor de tres departamentos de investigación específicos (energía; telecomunicaciones, audiovisual y radiodifusión; y transportes y correos) y un departamento antimonopolio. Hay dos cámaras de resolución: la cámara reguladora, que lidia con la regulación de sectores específicos; y la cámara antimonopolio, la cual aplica las leyes antimonopolio. Ambas cámaras se reúnen en sesiones plenarias para resolver conflictos potenciales y para tratar de temas generales. Las fases de investigación y resolución quedan separadas formalmente.

La reforma institucional no significó, sin embargo, un cambio legal significativo en cuanto a temas de peso—tanto la ley antimonopolio como las leyes específicas a cada sector se mantienen básicamente intactas.

B· La Reforma Mexicana

En México, tras más de una década de intentar y fallar en el esfuerzo por implementar reglas asimétricas a la industria de las telecomunicaciones, el nuevo gobierno del Presidente Peña Nieto

planteó, en su “Pacto por México”, una nueva ruta para implementar de forma efectiva la reforma a las telecomunicaciones. La reforma incluyó cambios a la agencia de competencia, la cual se había visto profundamente involucrada en los litigios acerca de telecomunicaciones de la década anterior. Este pacto llevó a una reforma constitucional (junio 2013), la cual otorgó nuevos poderes a una agencia antimonopolio autónoma y renovada y creó a un nuevo regulador en telecomunicaciones y radiodifusión, con el poder de aplicar las reglas de competencia tanto en el sector de las telecomunicaciones como en el de la radiodifusión, convirtiéndose así en un regulador multipropósito. Aunque se han discutido propuestas similares para otros sectores regulados (notablemente el sector energético), por el momento estos cambios no han sido implementados.

En su esencia, esta reforma implicó una importante separación de los poderes existentes del regulador antimonopolio, el cual se había enfocado notablemente en las telecomunicaciones mientras se mostraba ausente de otros sectores importantes, tanto regulados como no-regulados.⁷ Mientras buscaba agilizar los procesos judiciales en materia de telecomunicaciones, es posible que haya despejado el camino para una interacción más complicada entre reguladores; no solo en el futuro cercano del sector de las telecomunicaciones, sino en relación a otros reguladores de sectores específicos conforme los poderes de aplicación de reglas antimonopolio se ven cuestionadas debido a los cambios realizados a diversas leyes.

Por ejemplo, un nuevo cambio a las totalmente renovadas leyes secundarias que tratan con política de competencia—las cuales entraron en vigor el 7 de julio de 2014—otorgan a la Cofece, una nueva agencia, con poderes *ex post* y *ex ante*. Aunque la ley respalda los poderes de la Cofece para aplicar los remedios por conducta adversa a la competencia y para revisar las concentraciones de empresas, también acota su capacidad para hacerlo en materias de telecomunicaciones y radiodifusión. La Cofece aún tiene la capacidad de realizar estudios acerca de las condiciones de competencia en otros sectores regulados que podrían provocar un control de precios o regulación asimétrica, pero añade la posibilidad de que la Cofece sancione de manera directa—sin requerir coordinarse con otros reguladores de sector, y en algunos casos incluso requiriendo la desinversión de activos—a aquellos mercados donde considere que existen “barreras a la competencia” altas, o donde los agentes económicos o sus empresas tengan el control de “insumos esenciales.”

Las reformas constitucionales del 2013 cambiaron el manejo de ambas agencias, estableciendo un complicado sistema para nombrar un panel que ahora consistirá en 7 miembros (frente a los 5 comisionados anteriores) elegidos mediante un proceso meritario. El proceso, sin embargo, es excesivamente rígido, lo cual tiene el efecto de negar a candidatos experimentados del sector privado la posibilidad de participar en el pleno de alguna de estas agencias, así como el de eliminar la posibilidad de que exista cualquier tipo de ‘puerta giratoria’ entre el gobierno y el sector privado. Discutiremos este y otros de los retos que esperan a ambas agencias reguladoras en la próxima sección.

II. INTEGRANDO LOS PODERES ANTIMONOPOLIO Y REGULADORES: UN ANÁLISIS NORMATIVO

A. Sinergías vs. Conflicto

De acuerdo a Kovacic & Hyman,⁸ las agencias multipropósito son capaces de crear sinergias en sus políticas (además de otras sinergias administrativas) y reducir los costos asociados con la coordinación de políticas entre instituciones separadas con funciones relacionadas. Hacen énfasis en el hecho que estas sinergias únicamente se manifiestan si las funciones a combinarse verdaderamente son políticas complementarias. Bajo este punto de vista, podría parecer sensato el integrar instituciones que se ocupan de asuntos similares (como por ejemplo, reguladores en una red industrial) o que observan al mismo tema desde distintos ángulos (como las agencias antimonopolio y las reguladoras dentro de un sector particular). Si las políticas no se complementan, estas sinergias no se desarrollarán. También debe notarse que la integración de varias funciones bajo un mismo techo podría contribuir a una mayor coherencia en las políticas al transformar los conflictos entre instituciones en conflictos internos, sin crear necesariamente sinergia alguna.

El exceso de diversidad en los objetivos de las políticas o en los sectores puede conllevar a una falta de especialización, particularmente cuando el organismo de resolución es un ente único, como es el caso para la cámara reguladora española (todos los sectores) o para el comité del IFT mexicano (regulación *ex ante* y *ex post*). Por ejemplo, incluso si los principios económicos de la regulación de redes industriales son similares, pudiendo existir sinergias al coordinar su aplicación, también existen características específicas a cada sector que requieren de experiencia en el mismo. Un regulador multipropósito podría ser capaz de aprovechar las sinergias potenciales y aún así carecer de la experiencia necesaria para abordar temas específicos por sector.

La creación de sinergias requiere de una organización interna adecuada, la cual garantice un resultado coherente. La suma de distintas unidades operativas ocupadas con temas distintos bajo un mismo techo no garantiza, necesariamente, la manifestación de sinergias potenciales. Como han reportado Hyman & Kovacic,⁹ la rivalidad entre unidades operativas puede resultar benéfica “si esta tiene como resultado sinergias que promueven los objetivos principales de la agencia”, pero que pueden ser destructivos “si se manifiestan como búsqueda indebida de reconocimientos u otras medidas diseñadas para incrementar la visibilidad de la unidad operativa como un fin en si mismo.” La organización interna y la cultura institucional son cruciales para determinar el resultado.

La creación de reguladores multipropósito encargados tanto de la regulación por sector como de la aplicación de leyes antimonopolio también genera conflictos.¹⁰ El mandato de los reguladores específicos a un solo sector por lo general es más amplio e incluye objetivos adicionales al fomento de la competencia. Por ejemplo, un regulador en telecomunicaciones podría alentar a que se compartiera la infraestructura con fines ambientales o de salud pública, lo cual podría entrar en conflicto con las políticas de competencia. Debido a esto, la evaluación y el resultado de casos particulares pueden diferir de forma sustancial.

Un mandato conjunto para regular y competir también podría afectar la fuerza con la cual se puede buscar estos dos objetivos, así como la medida en que puedan ser implementados en la práctica. Por ejemplo, una tarea importante para cualquier autoridad antimonopolio es el apoyo a la competencia – puede suceder que este apoyo juegue un papel secundario (o incluso que no figure en lo absoluto) en comparación con los objetivos de regulación en un sector determinado. ¿Quién, entonces, apoya a la competencia cuando existe un conflicto entre los dos mandatos de un regulador multipropósito?

La integración de las instituciones también puede incrementar la eficiencia administrativa.¹¹ Los procesos de administración pueden ser simplificados, así como evitarse la duplicidad de departamentos administrativos (contabilidad, recursos humanos, informática...). Por lo general, este es un beneficio de segundo nivel y en ningún momento debe ser considerado como el motivo principal para emprender la integración. La integración no debe ser motivada por la posibilidad de reducir costos fijos en la administración (lo cual representa un único beneficio en costos), sino por una mayor eficiencia en sus políticas y una mayor efectividad, las cuales pueden ser transmitidas a los ciudadanos a quienes sirve la institución (de manera similar al análisis de eficiencias bajo revisión de fusiones).

B. Apoyo

Las funciones de apoyo de las autoridades reguladoras y de competencia se refieren a aquellas actividades que quedan fuera del ámbito de la ley, tales como estudios y reportes industriales, comentarios y recomendaciones acerca de nuevas leyes y reglas, así como actividades de concientización pública cuyo objeto es el de contribuir a los objetivos de dichas autoridades. La mayoría de las agencias reguladoras y antimonopolio cuentan con poderes que les permiten emprender iniciativas de apoyo, a menudo en el formato de recomendaciones o consejos los cuales no son necesariamente vinculantes para los entes regulados, el gobierno o algún otro agente.

La creación de reguladores multipropósito puede tener dos efectos potenciales sobre las actividades de apoyo: Por un lado una institución integrada podría resultar más poderosa e influyente, mientras que por el otro lado, la diversidad en la agenda de un regulador multipropósito podría llegar a diluir y debilitar su posición.

Un regulador multipropósito fuerte será capaz de influir en mayor grado la toma de decisiones y de llevar sus propuestas a lo largo de los procesos políticos. De igual manera, la habilidad de llevar un acercamiento desde múltiples perspectivas podría permitir a los reguladores elaborar una estrategia más comprensiva y efectiva en materias específicas a un sector.

Un regulador multipropósito debería tener acceso a una mayor experiencia en los sectores regulados, los cuales suelen contar con problemas de competencia únicos y complejos. Cuando los reguladores de sectores específicos y las autoridades de competencia actúan de forma separada, “las autoridades de competencia suelen carecer de la experiencia específica al sector

que sí poseen los reguladores” y “en consecuencia puede ser fácil para ellos el quedar atrapados en la puja de diversos argumentos técnicos, con el gran riesgo de perder la lucha.”¹² Por tanto, la experiencia específica a cada sector puede ayudar a fortalecer el análisis de competencia en los sectores regulados.

El ser multipropósito podría, sin embargo, afectar de forma negativa las posibilidades de alcanzar ciertos objetivos específicos. Las actividades de apoyo en reguladores multipropósito específicos a un sector combinan los objetivos de competencia con otros objetivos dentro de su agenda que pueden entrar en conflicto con la competencia, tales como la promoción de inversión, el desarrollo tecnológico o el despliegue acelerado de redes. Esto genera la necesidad de que los reguladores multipropósito forjen compromisos y elijan entre alternativas, reduciendo así la fuerza de los argumentos individuales.

La regulación y la promoción de la competencia implican distintas prioridades y objetivos, por lo que sus recomendaciones serán de naturaleza distinta e implicarán distintas maneras de abordar cada tema.¹³ En el caso de los reguladores sencillos, los legisladores obtienen recomendaciones acerca de competencia y regulación “puras”, mientras que todo conflicto debe ser tratado abiertamente. En cambio, en un regulador multipropósito las diferencias en la manera de abordar el tema son resueltas de forma interna, reduciendo la transparencia de las discusiones y ocultando las posibles discrepancias entre los puntos de vista de regulación y de competencia. Esto implicará, por ejemplo, el que los argumentos de apoyo y promoción “puros” en materia de competencia o “puros” en materia de regulación se verán debilitados en comparación al caso de un regulador de fines únicos.¹⁴

Cualquier sesgo hacia un acercamiento de mayor regulación o mayor competencia dependerá de la estructura interna de las unidades de apoyo: Si unidades específicas al sector toman el liderazgo de las iniciativas de apoyo en su sector específico es posible que los argumentos relativos a la competencia se vean socavados. El equilibrio alcanzado como resultado final dependerá en gran medida de la repartición interna de responsabilidades, especialmente de si la relación entre el personal de las secciones de competencia y regulación se comportan de forma cooperativa o competitiva.

Finalmente, las implicaciones de las funciones de apoyo aquí presentadas únicamente se encontrarán dentro de sectores regulados. El apoyo en industrias no reguladas se enfocará principalmente en asuntos de competencia, lo cual puede llevar a un acercamiento de apoyo desequilibrado en temas de industrias reguladas vs. las no reguladas.

C. Independencia vs. Rendición de Cuentas

La independencia de las agencias es esencial para una aplicación eficiente de las leyes y reglas de competencia. Una institución independiente puede evitar la interferencia política que podría afectar los objetivos y la efectividad de las agencias. Una agencia independiente resolverá los problemas de compromiso que pueden suscitarse cuando existen vínculos estrechos con el

gobierno.¹⁵ Aunado a ello, la independencia de las autoridades de competencia ha sido vinculada a una aplicación efectiva de leyes antimonopolio.¹⁶

Los gobiernos pueden intentar ejercer influencia sobre la aplicación de políticas reguladoras y antimonopolio con tal de beneficiar su propia agenda política. Si la independencia de los reguladores no queda plenamente garantizada por un marco legal, la existencia de un menor número de reguladores multipropósito podría hacer más fácil para el gobierno el controlar e influir sobre las decisiones reguladoras. Por el contrario, la presencia de varios reguladores distintos que supervisan un tema específico – digamos, una fusión en el sector de las telecomunicaciones, el cual es analizado tanto por la autoridad antimonopolio como por el regulador específico del sector – podría hacer más difícil la implementación de la agenda gubernamental.

La responsabilidad por un sector específico podría quedar diluida si dicho sector queda supervisado por varios reguladores. De esta manera la integración de poderes reguladores y de competencia puede resolver el problema de asignación de responsabilidades, mejorando así la rendición de cuentas.¹⁷ Los reguladores de sectores específicos siempre pueden culpar a la autoridad de competencia por un mal funcionamiento del mercado (y vice versa). Por otro lado, una agenda demasiado amplia puede dificultar la ejecución de responsabilidades por parte de los administradores, pues estos podrían ser incapaces de obtener un conocimiento a fondo de todos los temas relevantes.

Una agencia independiente contribuye a la construcción del “estado de derecho” de un país a través de su habilidad de aplicar leyes bien conocidas y relativamente definidas, las cuales se someten a revisión por un cuerpo jurídico educado en el razonamiento legal e independiente de la manipulación política. Además, es más probable que una agencia independiente utilice sus poderes para implementar reglas y decisiones técnicas en lugar de objetivos y agendas políticas a corto plazo. Esto contribuye al cumplimiento de estas leyes, pues la gente suele cumplir con las reglas que consideran les proporcionan un trato “justo”.¹⁸

Por otro lado, varios críticos han notado que las instituciones autónomas suelen representar a una burocracia autónoma, quedando así lejos del alcance de la ciudadanía en general al no estar sometidas al público elector. Una solución para esta crítica es el asegurar que estas agencias operen de manera transparente y con rendición de cuentas, minimizando el riesgo de una captura. Incrementar la independencia dificulta la rendición de cuentas de una institución. La independencia del proceso político es importante, pero los reguladores independientes deben contar con algún mecanismo para la rendición de cuentas, por medio de, por ejemplo, el control de sus presupuestos asignados, o mediante la divulgación y transparencia de sus actividades.¹⁹

D. Coherencia y Coordinación: El Valor de la Primacía y la Deferencia

Cuando una agencia es reformada para incorporar en ella una combinación de deberes, una de las primeras preguntas en surgir es si sus políticas siguen siendo coherentes o no. En otras palabras, los factores de acción complementaria dentro de sus nuevas funciones, las cuales discutimos

anteriormente, son cruciales para un funcionamiento eficiente. Sin embargo estas consideraciones de coherencia rara vez figuran dentro de la discusión legislativa. Una consecuencia de ello es que la consistencia de nuevos mandatos dentro de la agencia tendrá que ser resuelta dentro de la organización misma – no de manera abierta y transparente, sino conforme son tomadas las decisiones. Suele ser el resultado de las decisiones de una agencia, más que su mandato legal, lo que determinará los resultados finales de la reorganización causada por un cambio legal a los reguladores.²⁰

El tema de la coherencia en una agencia que se enfrenta a múltiples objetivos o, de existir concurrencias, cuando se requiere que una agencia se coordine con otra, afectará la credibilidad de la agencia frente a las partes a quien debe regular. Tomando en consideración el primer tema, vemos que una organización con una variedad de mandatos en conflicto carecerá de credibilidad cuando intente aplicar ciertos objetivos, ya que otros propósitos incluidos dentro de las leyes y reglamentos pueden llegar a volverse prioritarios, y pueden entrar en conflicto con las acciones presentes de la agencia. Este problema existe cuando la agencia consiste de varios miembros o cuando es dirigida por una sola persona.

Si consideramos el segundo problema, la falta de coherencia frente a la concurrencia, las agencias con mandatos concurrentes pero con objetivos diferentes deberán resolver el problema de coordinación para asegurar que sus decisiones otorguen certeza a las empresas que regulan. La coordinación probablemente resultará en un proceso de toma de decisiones más lento conforme ocurre una colaboración. Los problemas de coordinación algunas veces llegan a ser resueltos de manera interna, pero pueden llegar a desenvolverse en público o durante un largo periodo de tiempo, conduciendo a una falta de previsibilidad en la aplicación y ejecución de las políticas.

Los problemas de coordinación y coherencia entre reguladores algunas veces son resueltas mediante la integración o la separación de poderes. Esto afecta el diseño institucional de los cuerpos reguladores y su estructura como únicos (especializados) o como múltiples encargados de hacer cumplir las políticas de competencia. Un solo árbitro antimonopolio tiene la responsabilidad de cumplimiento exclusiva en estos temas, por lo que los problemas de coherencia quedan eliminados – pero no necesariamente los problemas de coordinación, pues las acciones del responsable pueden depender de sectores regulados por una agencia distinta.

En casos con múltiples responsables del cumplimiento, Kovacic & Hyman²¹ notan una pluralidad de modelos, pasando de la concurrencia de agencias con mandatos similares (la división antimonopolio del Departamento de Justicia (DOJ) de EEUU y la Comisión Federal de Comercio (FTC)), distintos niveles de gobierno (federal y estatal), responsabilidades compartidas o concurrentes entre reguladores (FCC, Comisión Federal de Comunicaciones y el DOJ), hasta llegar a los modelos con los cuales tratamos aquí: Una agencia multipropósito y multisectorial con poderes antimonopolio y reguladores sobre diversos sectores regulados (como sucede en España), o una agencia antimonopolio especializada abarcando todos los sectores, pero en la cual un regulador sectorial sostiene objetivos multipropósito, pues tienen la atribución exclusiva de regular y aplicar las leyes antimonopolio (como sucede con la Cofece y la IFT en México).

Al intentar resolver problemas de coherencia y coordinación mediante un nuevo diseño institucional debemos considerar nuevos problemas en potencia – como los costos (¿de donde provendrá el dinero?) la captura (¿Es más fácil o más difícil capturar a un regulador simple que supervise varios sectores, pero que debe coordinarse con otros con tal de aplicar la ley, o a un regulador multipropósito que podría tener objetivos contradictorios?) e influencia política (¿quién sale beneficiado por el nuevo diseño? y ¿Representa éste un balance que verdaderamente resulte en mejoras sociales vis-à-vis el diseño anterior?)

Hablando de estos problemas, debe ahora quedar claro que la intervención al nivel de diseño institucional que implica la creación o integración de agencias no representa necesariamente una solución sencilla. La proliferación de agencias reguladoras aumenta el riesgo de crear jurisdicciones redundantes y con ello conflictos, particularmente cuando no ha sido establecido o acordado un orden de primacía y deferencia.

Petit, por ejemplo, argumenta que la distinción tradicional entre la aplicación de reglas *ex ante* (por reguladores) y las sanciones *ex post* (agencias de competencia) es demasiado simple.²² La regulación sectorial ha incorporado la apertura de mercados y la eliminación de cuellos de botella dentro de sus mandatos, acercándola así a los estándares en leyes de competencia. Mientras tanto, las agencias de competencia, particularmente las europeas, cada vez asumen más “políticas de cumplimiento cuasi-reguladoras.” Por el contrario, el unir todos los objetivos dentro de una agencia “todopoderosa” podría simplemente internalizar un problema que antes era público y evidente. En ese momento los problemas cambian, dando pie a una falta de transparencia a la hora de fijar prioridades y dar resoluciones; a una mayor necesidad de rendición de cuentas pues el poder se concentra en menos actores; y a mayores problemas de coherencia mientras se compaginan múltiples mandatos y prioridades.

E. Determinación de Prioridades

La determinación de prioridades puede verse debilitada en el caso de un regulador multipropósito. Un mandato demasiado amplio puede traducirse en confusión acerca de los objetivos, así como de los criterios necesarios para realizar una evaluación preliminar de la seriedad e importancia de algunos temas.²³ Además, un mandato amplio corre el riesgo de permitir que la discusión acerca de las prioridades en las políticas se deje en manos de una agencia sujeta únicamente a su propio reglamento interno, el cual pudiera o no coincidir con las expectativas manifestadas por el ramo legislativo o por el público en general. Dicho de forma más directa, un mandato amplio y carente de requisitos de transparencia en cuanto a la asignación de fondos, la determinación de objetivos, etc. puede conducir a una agencia que, a pesar de realizar una ardua labor, continúe mostrando resultados insuficientes en relación al desempeño esperado por la sociedad. Es por ello que la credibilidad y la presentación de una agencia, en cuanto a la labor que es capaz de realizar, son cruciales al momento de fijar expectativas que se ajusten a sus prioridades.

Esto se vuelve particularmente relevante cuando los objetivos de las distintas divisiones de un regulador multipropósito entran en conflicto. Por ejemplo, con un regulador con poderes

conjuntos en regulación y competencia en el sector de telecomunicaciones, la división reguladora podría dar prioridad a un despliegue rápido de infraestructura, por encima de la existencia de un mercado competitivo. En tal caso, una agencia multipropósito tendría que hallar el equilibrio en la combinación de objetivos y políticas que más beneficien a la sociedad. Cuando el mecanismo de determinación de prioridades no queda bien definido y con la suficiente transparencia, la calidad del proceso regulador puede verse afectada, con un resultado que no necesariamente será benéfico para el bienestar social.

La integración de distintos poderes y responsabilidades bajo un mismo techo requiere, al menos en su inicio, de un gran esfuerzo por integrar, coordinar y mantener la coherencia interna en general. Existe el riesgo que las prioridades de la agencia tenderán a inclinarse por procedimientos internos, en lugar de concentrarse en objetivos de política enfocados. Aunque este riesgo es supuestamente temporal, puede hacerse permanente si no es resuelto adecuadamente.

F. Captura Reguladora y Arbitraje Regulador

De acuerdo a Cseres, “las preocupaciones acerca de la posibilidad de captura de las agencias pueden dictar el que se tenga agencias con jurisdicciones amplias, haciéndolas más resistentes a las presiones de un grupo de intereses en particular.”²⁴ De forma similar, Kovacic & Hyman declaran que “una multiplicidad de funciones efectivamente provee de salvaguardas contra la captura. Debido a la amplitud y la diversidad de sus deberes, una agencia multipropósito ofrece un blanco más escurridizo para cualquier grupo industrial individual.”²⁵ El riesgo del regulador de ser capturado parece, por lo tanto, quedar reducido cuando la competencia y la regulación quedan integradas dentro de una institución multipropósito. Además, un regulador multipropósito y multisectorial quedará expuesto a un número mayor de industrias, por lo tanto será capaz de aprovechar su experiencia en varios sectores para adoptar decisiones mejor informadas y con menos sesgo dentro de sectores particulares, reduciendo así el potencial de captura, tanto consciente como inconsciente.

Sin embargo, también existen puntos de vista que argumentan que la integración de los poderes de competencia y reguladores podría incrementar la influencia de la industria sobre sus reguladores, pues “el dividir las tareas reguladoras y las tecnologías de monitoreo entre diversos reguladores no-benévolo puede reducir su discreción en cuanto a su participación en actividades que desperdician el capital social.”²⁶ Este caso se presenta cuando distintas instituciones tienen poderes en común sobre un sector específico, por ejemplo en caso de que una autoridad de competencia tenga la atribución de revisar decisiones tomadas por los reguladores.

Entonces, vemos que el efecto general de la integración de funciones dentro de un regulador único puede reducir el riesgo de captura sólo cuando los reguladores anteriores a la integración son demasiado pequeños o cuando no hay un control efectivo de las decisiones tomadas entre agencias, pero puede ser negativo cuando los reguladores anteriores ya eran lo suficientemente grandes, pero las autoridades de competencia podían supervisar sus decisiones.

Finalmente, la existencia de discrepancias entre los reguladores con poderes concurrentes (y no complementarios) sobre un sector pueden llevar a un arbitraje regulador. Las empresas pueden buscar a aquellas agencias cuyas decisiones les favorecen mediante la ‘búsqueda de foros para compra’ (“Forum Shopping”). La integración de los poderes reguladores y de competencia puede reducir las oportunidades para esta actividad, mejorando el uso de recursos e instrumentos de política por parte de las agencias.

III. LOS CASOS DE ESPAÑA Y MÉXICO

A. Reformas institucionales en España

1. Antecedentes

La nueva autoridad reguladora multipropósito de España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) comenzó sus operaciones en octubre de 2013.²⁷ La nueva CNMC quedó integrada por la antigua autoridad antimonopolio, la Comisión Nacional de Competencia (“CNC”), así como seis reguladores específicos responsables respectivamente por las telecomunicaciones, medios audiovisuales, energía, vías férreas, aeropuertos y servicios postales²⁸ (de los cuales dos se encuentran planeados, pero no han sido creados aún).²⁹

El gobierno español ofreció varias razones para justificar esta reforma institucional. La principal de ellas era el incrementar la coherencia entre las decisiones reguladoras y antimonopolio mediante una mejor integración de las reglas *ex-ante* y del cumplimiento de responsabilidades antimonopolio, reduciendo costos mediante una mayor eficiencia administrativa, reduciendo así el riesgo de ser capturados; e integrando las acciones *ex-ante* y *ex-post* del cumplimiento de leyes antimonopolio. Otros motivos políticos detrás de la fusión fueron discutidos ampliamente por la prensa en su momento, pues una de las consecuencias de la integración fue el despido de los antiguos miembros de los distintos comités, así como el nombramiento de nuevos miembros por parte de la nueva mayoría en el parlamento.³⁰

La creación de un macro-regulador significó la redistribución de responsabilidades, con algunas de las funciones menores de los reguladores siendo asignadas a sus ministerios correspondientes.³¹

La nueva CNMC consiste de un consejo de toma de decisiones compuesto por diez miembros, así como cuatro Direcciones departamentales (antimonopolio, energía, telecomunicaciones y audiovisuales, y de transporte y servicios postales). Existen otras unidades de carácter horizontal, como el departamento legal, que responde directamente al consejo, o el departamento de apoyo a la competencia, que responde directamente al Presidente del consejo.

El consejo se encuentra dividido en dos cámaras: la cámara antimonopolio, dirigida por el Presidente, y la cámara reguladora que preside el vice-presidente de consejo. La cámara antimonopolio se ocupa de infracciones en materia antimonopolio y con fusiones empresariales, mientras que la cámara reguladora se encarga de la regulación *ex-ante* en sectores específicos en

todas las industrias cubiertas bajo el mandato de la institución. Existe un mecanismo para el intercambio de opiniones entre ambas cámaras, con cualquier discrepancia entre ellos siendo resuelta durante sesiones plenarias con presencia de ambas cámaras.

Los miembros del consejo son postulados por el gobierno por un periodo no-renovable de seis años y después confirmados por el Parlamento. Los criterios de postulación son completamente opacos. Los miembros del consejo actual propuestos por el gobierno no enfrentaron oposición alguna en el parlamento, donde el partido gobernante disfruta de una mayoría absoluta.

En el caso de los procedimientos por infracciones existe una separación entre el consejo y sus cuatro Direcciones.³² Estos departamentos conducen las investigaciones en casos de infracción. Una vez finalizada la fase de investigación, la dirección emite una propuesta al consejo, el cual la analizará antes de tomar una decisión (que no deberá necesariamente ajustarse a la propuesta).

2. Evaluación

- Sinergias vs. Conflicto

La nueva CNMC está organizada alrededor de cuatro direcciones departamentales que replican la estructura de los antiguos reguladores independientes (antimonopolio, energía y telecomunicaciones, además de las nuevas atribuciones sobre medios audiovisuales y en transportes, que incluye a los antiguos reguladores ferroviarios y postales, además de un nuevo regulador de aeropuertos). Esta estructura no nos permite dilucidar la manera en que las sinergias potenciales pueden desarrollarse entre distintos departamentos, por lo que la creación de sinergias dependerá del desarrollo de su cultura institucional (por ejemplo, si existe colaboración o rivalidad entre los distintos departamentos).

Es posible que se desarrollen sinergias al nivel del Consejo, tanto al interior de la cámara reguladora que deberá lidiar con varias industrias y por lo tanto podrá atenerse a principios reguladores constantes, como entre ambas cámaras debido al mecanismo de consulta entre ellas, el cual puede materializar sinergias entre la aplicación de reglamentos y leyes antimonopolio.

Sin embargo, persisten obstáculos para la creación de sinergias:

- Si no existe colaboración entre los departamentos las sinergias a nivel del consejo podrían manifestarse demasiado avanzado el procedimiento;
- La diversidad en la agenda de la cámara reguladora puede llevar a una falta de especialización por parte de los miembros, así como una incapacidad para aprovechar las sinergias potenciales; y
- El funcionamiento del mecanismo de consulta entre cámaras dependerá de las reglas establecidas y de si los miembros del consejo asumen una actitud de conflicto o de colaboración. Los juegos de poder entre ambas cámaras podrían dificultar el surgimiento de sinergias.

Finalmente el gobierno español argumentó que el aumento en la eficiencia administrativa derivada de la eliminación de costos redundantes y la simplificación en la estructura del regulador generaría importantes ahorros, argumento particularmente relevante dadas las presiones actuales

en el presupuesto. El gobierno anticipó ahorros de 28 millones de Euros.³³ Sin embargo, esta parte del argumento no justifica *per se* la creación de un regulador multipropósitos, a menos que existieran también sinergias importantes en sus políticas.³⁴

- Apoyo

El hecho de que la CNMC sea una institución más grande y con mayores responsabilidades la vuelve, en potencia, más influyente sobre el proceso legislativo. Además, al combinar la experiencia específica a cada sector con la acumulada en materia de competencia deja a la institución bien parada al momento de presentar opiniones mejor informadas acerca de iniciativas reguladoras a sectores particulares, o para crear estudios de mercado más comprensivos.

Sin embargo, dependiendo de la manera en que las responsabilidades quedan asignadas al interior, esta combinación también puede generar ciertos sesgos. La nueva CNMC mantiene un departamento de apoyo y promoción de competencia separado, el cual ya existía como parte de la agencia antimonopolio anterior. Este departamento es el encargado de elaborar estudios de mercado, así como de participar en el proceso legislativo mediante reportes y recomendaciones no vinculantes. A pesar de esto, no queda claro al analizar la estructura y funciones de la CNMC de qué manera han sido asignadas las responsabilidades de apoyo y promoción dentro del regulador, o si las iniciativas de apoyo dentro de sectores regulados serán dirigidas por unidades específicas, o coordinadas por la unidad de apoyo a la competencia. En el primer supuesto los argumentos sobre competencia podrían quedar relegados en favor de otros objetivos reguladores. En todo caso, los argumentos “puros” de competencia se verán disminuidos, pues la promoción a la competencia dejará de ser el único objetivo de la institución. Además, si los reportes de apoyo en sectores regulados deben ser aprobados por la cámara reguladora, este sesgo regulador podría verse reforzado.³⁵

La integración de poderes reguladores y de competencia bajo la CNMC no significa necesariamente que estas discrepancias desaparecerán, sino que es posible que sean resueltas de forma interna. Estos posibles conflictos internos pueden no ser visibles para los legisladores y gobernantes, quienes recibirán únicamente un reporte. Para evitar esta situación los reportes de apoyo deben reflejar todos los conflictos potenciales entre la promoción de la competencia o de la regulación, en lugar de intentar reconciliar ambas partes.

Nuevamente el resultado dependerá en gran medida de si las direcciones departamentales y las cámaras asumen una actitud de cooperación o de rivalidad. Una actitud de rivalidad no es en sí misma negativa, si ésta enriquece la discusión y si dicha discusión queda reflejada de manera transparente en el reporte final. Bajo las condiciones actuales es complicado anticipar cual de los modelos prevalecerá.

- Independencia vs. Rendición de cuentas

La creación de la CNMC no significó un cambio significativo en el sistema de nombramiento de miembros del consejo, quienes son postulados por el gobierno y examinados por el parlamento. El sistema de nombramiento actual carece de transparencia y no responde necesariamente a los

méritos de los candidatos. En esta situación el número reducido de miembros del consejo, así como el hecho de que sean postulados por motivos políticos, incrementa el riesgo de que exista influencia gubernamental.³⁶ Además, el mandato excesivamente amplio de la cámara reguladora, aunado a la falta de experiencia de algunos miembros del consejo en ambas cámaras, expone a los miembros a una mayor influencia gubernamental.

La rendición de cuentas debe mejorar, en teoría, debido a que una sola institución será la responsable de supervisar los mercados y de aplicar las reglas antimonopolio dentro de los sectores regulados.³⁷

El presupuesto para la nueva institución es fijado por el gobierno, lo cual reduce la independencia de la dependencia, pero a su vez facilita la rendición de cuentas.^{38, 39} Sin embargo, el gran número de industrias de las cuales se ocupa la nueva agencia y el tamaño reducido de las cámaras (con cinco miembros cada una) complica para los miembros el conocer los detalles de todas las decisiones tomadas. Por ejemplo, de acuerdo al Presidente de la CNMC, el consejo ha emitido cerca de 1,000 decisiones durante sus primeros ocho meses de operación,⁴⁰ de las cuales cerca de tres cuartas partes corresponden a la cámara reguladora. Esto implica que los cinco miembros de esta cámara han tomado, en promedio, 20 decisiones por semana, abarcando seis industrias distintas.

Es probable que el número de decisiones se incremente en sectores como las vías férreas y aeropuertos, los cuales se encuentran en etapas tempranas de su liberalización. Los temas tratan desde problemas técnicos de interconexión hasta el contenido audiovisual y las reglas publicitarias. Por ello es que resulta difícil creer que los miembros de la cámara reguladora sean capaces de asumir toda la responsabilidad por tal cantidad de decisiones acerca de tal variedad de temas.

- Coherencia y Coordinación

Una de las razones presentadas por el gobierno español para justificar la integración fue la necesidad de responder a ciertas preocupaciones respecto a decisiones contradictorias por parte de los reguladores de industria y la agencia antimonopolio.⁴¹ Varias empresas argumentaban que esta situación provocaba un alto grado de incertidumbre. La CNMC puede promover una aplicación más coherente de los principios de competencia en los sectores regulados.

Sin embargo, existen algunos factores que podrían limitar esta coordinación:

- i. La coordinación no solo depende de los arreglos institucionales, sino también de la cultura institucional. Si las divisiones específicas a cada sector y el departamento de competencia no logran desarrollar una cultura de cooperación, será imposible garantizar que exista coherencia.
- ii. Las distintas naturalezas de los procedimientos administrativos en materias de regulación y de competencia complican el emprendimiento de una coordinación formal. Tanto los tiempos como las atribuciones difieren en casos de intervenciones antimonopolio y reguladoras. Mientras que la intervención reguladora suele suceder *ex ante* y sin buscar emitir sanciones, las investigaciones antimonopolio suelen suceder *ex post*, buscando sancionar conductas específicas.

Esta diferencia queda desdibujada, más no eliminada, bajo la confluencia actual de principios reguladores y antimonopolio.

- iii. Tampoco queda del todo claro la forma en que esta coordinación puede ser articulada al nivel de dirección departamental y de consejo. Si la coordinación no se da de forma explícita a estos niveles, la integración podría tener como resultado una mera internación de conflictos potenciales, llevando a una falta de transparencia en sus resoluciones. El problema puede ser exacerbado por la multiplicidad de mandatos del regulador, así como por lo difícil que resulta reconciliar los distintos objetivos y prioridades.

- Definición de prioridades

La CNMC cuenta con poderes de supervisión integrados sobre un gran número de sectores, lo cual puede conducir a una débil definición de prioridades. Dentro de su primer plan estratégico,⁴² presentado en mayo de 2014, la CNMC planteó tres objetivos generales que no son particulares a un regulador multipropósito: intervención rigurosa, transparencia e independencia, y la ejecución de sinergias. A continuación desarrollaba una lista de acciones, en su mayoría relacionadas a los procesos (por ejemplo un acercamiento integral a los problemas, comunicación interna, uso eficiente de los recursos). Tan solo unas cuantas de las acciones hacen referencia a objetivos de política igualmente vagos, como por ejemplo la persecución activa a los cárteles.

Un plan estratégico tan amplio no ofrece muchos indicios de cómo serán definidas las prioridades, o cómo serán resueltos los conflictos internos. Por el contrario, presenta un alto grado de incertidumbre acerca de los objetivos de política, mecanismos para la toma de decisiones y asignación interna de recursos humanos y financieros para el nuevo regulador.

Adicionalmente, el hecho de que no exista una integración orgánica de los departamentos antimonopolio y reguladores significa que la definición de prioridades al nivel de dirección de departamento no se verá realmente beneficiada por un marco institucional integrado. Tan solo el pleno del consejo se encuentra en una buena posición para establecer prioridades comprensivas que abarquen tanto la regulación como los esfuerzos antimonopolio, aunque la separación de las fases de decisión e investigación, así como la amplia gama de asuntos tratados por el consejo, hacen del proceso de definición de prioridades una tarea compleja.

- Captura Reguladora y Arbitraje Regulador

La prevención de la captura reguladora fue uno de los principales objetivos de la reforma. Este ciertamente es un tema importante para los reguladores menores (vías férreas, correos y el aún por crearse regulador de aeropuertos), pues estos podrían carecer de los recursos necesarios para enfrentarse a monopolios o cuasi-monopolios en sus mercados correspondientes.⁴³ Un gran regulador multi-sectorial reduce en un principio el riesgo de captura.

Existen dos aspectos que contribuyen a mantener o incrementar el riesgo de sufrir captura reguladora: Primero encontramos que la estructura del nuevo regulador mantiene las responsabilidades industriales a cargo de las diversas direcciones departamentales, las cuales continúan sujetas a ser capturadas por los grandes intereses industriales. En segundo lugar, la

diversidad en la agenda de la cámara reguladora significa que los miembros del consejo no pueden ser expertos acerca de todos los sectores bajo su supervisión, por lo cual podrían verse más receptivos de los argumentos presentados por los intereses industriales. El riesgo de captura, por lo tanto, depende del grado en el cual la división de competencia pueda hacerse valer, así como la capacidad que tenga la interacción entre cámaras para limitar el riesgo de captura de las divisiones específicas por sector, así como de la misma cámara reguladora.⁴⁴

Finalmente, no queda del todo claro que se logrará atenuar la “compra de foros” bajo la nueva estructura, pues las quejas al respecto continuarán fluyendo por caminos distintos, ya sea que sean presentadas con base a la regulación de un sector o a leyes de competencia. Las quejas de regulación serán desahogadas por unidades específicas al sector y determinadas por la cámara reguladora. Las quejas de competencia serán investigadas por la división de competencia y determinadas por la cámara de competencia. La compra de foros podría verse reducida o no de acuerdo al nivel de coordinación y de control entre las distintas divisiones y cámaras.

B· Reforma Institucional en México

1. Antecedentes

Dentro de la “Exposición de motivo” para la enmienda constitucional del 2013 el gobierno mexicano mencionó dos objetivos clave que tendrían incidencia directamente sobre las telecomunicaciones y sobre las leyes antimonopolio como parte del “Pacto por México”, firmado por los tres partidos políticos principales al inicio del mandato del Presidente Peña Nieto, en 2012:

1. “Extender los beneficios de una economía formada por medio de mercados competitivos.” Con este acuerdo, el gobierno accedía a fortalecer la Comisión Federal de Competencia (entonces la CFC, ahora “Cofece”), así como a crear tribunales especiales para la competencia y las telecomunicaciones.
2. “Garantizar el acceso equitativo a los servicios de telecomunicaciones de talla mundial”. En otras palabras, el derecho al acceso a servicios de banda ancha sería reconocido, mientras que se le otorgaría mayor autonomía al regulador sectorial, la Comisión Federal de Telecomunicaciones (entonces COFETEL, ahora el “IFT”). Además, se desarrollaría una columna vertebral en telecomunicaciones, inyectando mayor competencia a los sectores de radiodifusión, telefonía y servicios de datos.

Al término de un muy breve periodo de discusión, de finales de febrero a principios de abril del 2013, el congreso aprobó los cambios a varios artículos de la constitución. Estas reformas constitucionales desencadenaron la creación de nuevas autoridades de competencia en telecomunicaciones en México, entrando en efecto el 11 de junio de 2013.

Un aspecto poco común en las reformas constitucionales fue lo extenso y detallado de las enmiendas. Las constituciones por lo general son vistas como herramientas de coordinación entre diversos actores, que ayudan en el cumplimiento y aplicación de la ley, más no están diseñadas para dictar comportamientos o provocar cambios culturales.⁴⁵ Proporcionan un marco con el cual evaluar las transgresiones a las reglas y para evaluar la eficacia de su aplicación. En el caso de las

reformas mexicanas, el objetivo declarado de los legisladores al elaborar estos extensos artículos permanentes y transitorios fue el de evitar que los grandes intereses particulares pudieran ‘diluir’ cualquier cambio significativo más adelante, durante la elaboración de la legislación secundaria. Considerando el largo tiempo que llevó la elaboración de esta legislación secundaria, es posible que estas preocupaciones no hayan sido del todo infundadas.⁴⁶

Las nuevas autoridades fueron investidas de autonomía – un formato institucional completamente sin precedentes en México, con la excepción del Banco Central, la agencia de estadísticas y la comisión electoral. La autonomía fortalece el mandato de estas instituciones, aunque también genera ciertas dificultades prácticas e incertidumbres que van desde lo más básico: ¿Quién elabora los códigos de conducta y determinación? ¿Cómo se les serán otorgados los recursos correspondientes? ¿Es necesario realizar ajustes legales para asegurar que se comparecerá con las responsabilidades de transparencia y servicio social a las cuales están sujetas las demás entidades de administración pública federal? Hasta llegar a temas más complejos: ¿Cómo interactúan dos reguladores autónomos con otros reguladores que, a pesar de ser técnicamente autónomos, pertenecen al ejecutivo y pueden tener una denominación judicial distinta? ¿Si son completamente autónomas, constituyen entonces una cuarta rama del gobierno y, de ser así, es esto incluso válido según la constitución?

Los nuevos comisionados fueron seleccionados mediante un proceso abierto y meritario, dando inicio a sus responsabilidades en septiembre de 2013 con base en dos viejas leyes, la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1996 (“LFT”) y la Ley Federal de Competencia Económica de 1993 (“LFCE”)– ambas leyes han sido modificadas parcialmente a lo largo de los años. Mientras tanto, ya que no ha sido aprobada la legislación secundaria, las dos nuevas instituciones aún no han anunciado formalmente su nueva estructuración interna, pues esta dependerá de las ordenanzas producto de la legislación secundaria. A pesar de esto, nosotros describimos en términos generales el marco institucional actual, con el entendido que éste continuará experimentando cambios, incluso durante la elaboración de este artículo.

El IFT probablemente deberá enfrentarse a la diferencia de interacción que existe entre las áreas técnicas y sustantivas y el pleno del comité, en un contexto de regulación vs. competencia. Mientras que las áreas técnicas regularmente colaboran y entregan reportes al pleno durante el desempeño de sus actividades con el fin de diseñar, supervisar y aplicar las reglas, la naturaleza de esta interacción es completamente distinta en un contexto antagónico, como sucede en casos de competencia antimonopolio. El nuevo regulador deberá “aislar” a los equipos que realizan la investigación y la revisión de integraciones, para evitar ser acusado de actuar como juez, jurado y verdugo.

Este no es problema, por supuesto, para la Cofece, donde las áreas técnicas se han acostumbrado a trabajar muy alejados de su pleno. De hecho, las reformas que imponen una separación estricta de las fases de investigación y juicio en los casos fueron destinadas a incrementar la justicia en el procedimiento y a legitimar las decisiones de la Cofece. La Autoridad Investigadora (“AI”) ha sido elevada al nivel de los comisionados. El pleno ya no depende de la AI para supervisar la porción del juicio en cada caso y también fue creado el nuevo puesto de Secretario de Instrucción

con la intención de proporcionar cierta continuidad y emitir reportes al pleno. Nuevos poderes para revisar “barreras a la competencia”—actualmente interpretadas como atribuciones para realizar estudios de mercado— y para determinar los “insumos esenciales” probablemente conducirán a una reestructuración de competencias entre diversas direcciones departamentales: mercados regulados, estudios económicos e incluso investigaciones unilaterales de conducta, ya que los “insumos esenciales” también son considerados como una conducta de abuso de preponderancia.

2. Evaluación

- Sinergias vs. Conflicto

El cambio más significativo ocurre en el IFT, con una unidad completamente nueva (Unidad de Competencia Económica, “UCE”) encargada de supervisar las indagaciones antimonopolio y basada en el viejo modelo de la Cofece. Uno de los objetivos declarados de la reforma era el de permitir mayor cooperación y compartir información entre distintos reguladores sectoriales y la agencia encargada de acciones antimonopolio. La razón dada para efectuar la fusión fue precisamente el aprovechamiento de estas sinergías.

La UCE queda dividida en tres direcciones de departamento: un supervisor de fusiones, un área de investigación y adjudicaciones cuyo propósito es el de mantener aparte las pesquisas por alegatos anti-competitivos, y un supervisor de fusión durante el periodo de pruebas del procedimiento legal. El apoyo a la competencia permanece como competencia del director de la UCE, quien colabora con otras unidades dentro del IFT, mientras que a la vez actúa como una división independiente dentro del IFT, pues debe respetar una de las reformas claves realizadas a la constitución - la separación de la labor de investigación de los procesos de toma de decisiones. Aunque esto puede ser considerado como una deferencia hacia el pleno para la resolución en casos de competencia, queda por verse de qué manera los análisis y decisiones reguladoras, las cuales por naturaleza suceden *ex ante*, evitarán ser “contaminados” por las decisiones *ex post* aplicadas caso por caso a agentes económicos particulares – un problema de coherencia que abordaremos más adelante.

En el caso de la Cofece no encontramos el mismo problema, pues sus departamentos de investigación tradicionalmente han funcionado de forma separada a los departamentos de estudios económicos y de mercado. Estos últimos probablemente dejarán de reportarse ante el Jefe de Área de Investigación (el Secretario Ejecutivo), sino que lo harán frente al nuevo Secretario de Instrucción, o un puesto similar encargado de dar seguimiento a la fase de juicio en cada caso, y quizá de realizar las obligaciones de apoyo y difusión de la Cofece. En cuanto a la Cofece, no se ganarán nuevas sinergias con el nuevo marco impuesto por la constitución, aunque una burocracia más extensa – con un presupuesto inconmensurable – tendrá que ser construida.

Tal y como lo mencionan Hyman & Kovacic,⁴⁷ una queja frecuente entre las entidades reguladas consiste en que los poderes adicionales rara vez son acompañados de nuevos presupuestos que permitan afrontar estas nuevas responsabilidades. En este caso el congreso incrementó el presupuesto para ambas agencias: El del IFT incrementó al triple (350 por ciento, de

aproximadamente \$50 millones de dólares hasta cerca de \$230 millones) y el de la Cofece por un 33 por ciento. El incremento al presupuesto de la Cofece apenas será suficiente para cubrir las cuotas causadas por nuevas responsabilidades administrativas y dos nuevos puestos de comisionado, cada uno con su equipo de trabajo correspondiente.

Además, no le fue permitido a la Cofece el introducir cambios a la ley que le permitirían obtener fondos como resultado de recargos por retraso en el pago de cuotas o por avisos sobre fusiones. Un efecto inmediatamente visible de esta decisión ha sido la inhabilidad de retener a una gran parte de su personal calificado, con un número importante de expertos en competencia dejando a la vieja agencia reguladora en busca de nuevos salarios y posiciones dentro del nuevo regulador de telecomunicaciones. La incorporación de economistas y abogados expertos en competencia es un insumo importante para el IFT, pero este le ha costado caro a la Cofece que incluso antes de las reformas sufría de una escasez de economistas y abogados calificados.

- Apoyo y Promoción

Tener conocimientos en temas de regulación y competencia puede mejorar la posición del IFT al momento de cabildear con el congreso en busca de cambios importantes a las reglas. Con tanto el conocimiento de competencia y regulador, el IFT será capaz de formar opiniones mejor informadas aunque, como sucede en España, las responsabilidades adicionales, aunque a veces llegan a ser complementarias, también pueden ser contradictorias, causando sesgos en la toma de decisiones. Al contrario de lo que ocurre en la CNMC, el mismo pleno decide acerca de casos de regulación y de competencia, por lo que las posiciones contradictorias probablemente serán resueltas al interior de la organización, sin quedar sujetas a un escrutinio y discusión externos, al menos hasta que el nuevo regulador se atenga a los criterios de transparencia que presentan argumentos de competencia y regulación lado a lado.

Dado el tamaño de la Unidad de Competencia vis-à-vis las otras unidades del IFT, existe un verdadero riesgo de que las consideraciones basadas en regulación se sobrepondrán a las preocupaciones de competencia, y que la promoción de ésta se verá debilitada dentro del IFT. Una combinación de facultades para el apoyo en telecomunicaciones con la Cofece podría ser una reforma bienvenida en el futuro.

- Independencia vs. Rendición de Cuentas

La posibilidad de reelegir al presidente de cada agencia tras un periodo inicial de cuatro años, sujeto a una decisión del congreso, pone en peligro la independencia con la cual podrán actuar los presidentes de la IFT y la Cofece durante sus mandatos iniciales de cuatro años.

Otro factor preocupante son las estrictas guías impuestas por el congreso sobre los futuros y merecedores candidatos, las cuales probablemente tendrán como resultado el que sean buenos funcionarios - pero únicamente los funcionarios - quienes tendrán posibilidades de ser nombrados comisionados. Con tal de evitar la captura reguladora, la ley prohíbe la postulación como candidato a comisionado a cualquier persona que haya sido empleada o haya representado a un agente económico sujeto a la regulación o la investigación durante los tres años anteriores a su nombramiento. Adicionalmente, queda prohibido a los candidatos el trabajar para una empresa

que haya sido sujeta al reglamento o haya sido investigada durante los tres años siguientes al término de su periodo como comisionado. La posibilidad de que alguien, además de los elegidos políticos y servidores públicos, sean capaces de cumplir o acceder a estas condiciones es muy baja, lo cual hace dudar de lo duradero de su autonomía.

Debido al grado de escrutinio que enfrentan como instituciones autónomas totalmente nuevas – que probablemente continuará existiendo – ambos reguladores han sido cautelosos y responsables hasta ahora al momento de publicar sus planes de trabajo anuales y reportes trimestrales. La elaboración de guías previstas en la legislación secundaria que permitirán transparentar y dar certeza a la aplicación de reglas será una medida crucial para el grado de rendición de cuentas al que se verán sujetas en el futuro.

- Coherencia, Coordinación y Definición de Prioridades

Una de las principales razones para la enmienda constitucional que otorga poderes sobre la competencia al regulador en telecomunicaciones fue el ímpetu de mejorar la coordinación que, a pesar de haberse ido incrementando, aún escaseaba entre la CFC y la COFETEL. Sin embargo, no se realizó un análisis claro de las razones que llevaron a esta falta de coordinación, causada en gran medida por las determinaciones de la CFC, las cuales señalaban una falta de condiciones efectivas para la competencia y que provocaron la imposición de medidas asimétricas. Como consecuencia, todos los poderes sobre la competencia fueron otorgados al IFT (sobre fusiones, investigación, apoyo y promoción), y no solo aquellos relacionados con la implementación del reglamento. Debido a ello la nueva entidad en telecomunicaciones cuenta con un mandato amplio y poco complementario, como lo refleja su plan de trabajo anual en 2014, el cual incluye: libertad de expresión y acceso universal; competencia, libre acceso al mercado y la eliminación de restricciones a la competencia y la innovación; asegurar la calidad, precios competitivos y la seguridad; regular y supervisar el uso del espectro, redes y servicios en telecomunicaciones y radiodifusión; y la protección de los derechos de los usuarios y del público.⁴⁸

Presentará un reto para el IFT el manejar y asignar prioridades dentro de su amplio mandato. Esto podría verse reflejado en el ramo jurídico, al cual recurren tradicionalmente los agentes económicos para defenderse ante reglas contradictorias o su aplicación. Los recién creados tribunales especiales tendrán una carga de trabajo importante intentando asegurar que las nuevas reformas no se deterioren con litigios excesivos e innecesarios, como sucedió antes.

Otro aspecto importante que debemos mencionar es que, aunque la fusión de la autoridad de competencias con el regulador en telecomunicaciones fue vista como una manera “limpia” de resolver los problemas de coordinación, ésta seguirá siendo la clave entre el IFT y la Cofece. Ambas deberán aplicar la misma ley en materia de competencias, y cualquier similitud o discrepancia en la forma de hacerlo podría provocar que se presenten litigios excesivos ante los tribunales, o generar la posibilidad de que surja el arbitraje regulador, del cual nos ocupamos a continuación.

- Captura Reguladora y Arbitraje Regulador

Aunque existe un número de empresas que muy claramente entran dentro del alcance del regulador en telecomunicaciones, también hay otras, como los operadores de servicio con valor agregado, que caen en una categoría incierta. Mucho se ha escrito sobre las disputas ocurridas tras bambalinas entre los reguladores estadounidenses con respecto a su propio alcance,⁴⁹ pero esta situación es nueva en México, por lo que presentará no solo un problema interesante de coordinación entre el IFT y la Cofece, sino que también podría abrir camino a una nueva clase de litigios entre agentes económicos que pertenecen a esta área sin definición, y que busquen actuar como árbitros entre ellos.

Evitar la captura reguladora no debería significar la imposición de lastres innecesarios sobre la autoridad, pero la rigidez con la cual se ha separado las fases de investigación y de toma de decisiones desemboca en una carga importante y probablemente innecesaria sobre las autoridades. En el caso de la competencia, históricamente han existido quejas internas debido a la falta de interacción entre las áreas técnicas y el pleno, al punto que los comisionados únicamente percibían un lado de cada discusión (aquella de las partes externas) y no la otra (sus propias direcciones de departamento). Esperamos ampliar este punto en nuestras investigaciones futuras.

IV. CONCLUSIONES E INVESTIGACIONES A FUTURO

Existen sinergias y beneficios como resultado de reunir poderes de competencia y regulación bajo un mismo techo, pero para aprovechar estos elementos se debe prestar particular atención al diseño institucional y organizacional. Simplemente unir varias instituciones dentro de una más grande no garantiza que las sinergias y beneficios prometidos sean realizados.

La construcción de una cultura institucional también es importante. Al igual que en cualquier otra fusión, existen aspectos de la cultura institucional que son valiosas para las entidades individuales por lo que deben ser preservadas, mientras que otras deben ser modificadas para ajustarse a la nueva entidad conjunta o a los departamentos y subsidiarios particulares. Esencialmente, es necesaria la creación de una nueva cultura para cambiar la forma en que se trabaja. Debe haber una estrategia clara, dirigida por los altos niveles de la administración y absorbida por el personal. Como nos indica Lyons⁵⁰ en el caso de la CMA británica, lo primero que tendrán que resolver el presidente y los miembros de consejo en las nuevas instituciones será la creación de una “cultura general de toma de decisiones colectiva genuinamente independiente.”

Es necesario reconocer ciertos riesgos evidentes, como el riesgo de operar varias divisiones independientes sin contar con un mandato unitario (no tiene que ser un solo mandato, pero debe ser cohesivo y las prioridades bien establecidas). En cuanto a factores externos, el gobierno debe creer en el concepto de una institución independiente. Como apuntan Hadfield & Weingast, “Esto no es simplemente un asunto de construir instituciones. Requiere que se logre un cambio en los sistemas de creencias generales”⁵¹.

Un periodo de transición es vital para asegurar que exista la flexibilidad suficiente para ajustarse al cambio y para asegurar un traslado sin asperezas de las fortalezas, conocimiento y experiencia

de una institución vieja hacia la nueva. Cuando se anuncia claramente un periodo de transición éste también actúa como señal a todas las partes – tanto internas como externas a la agencia – que el periodo de incertidumbre tendrá fin, lo cual reduce el simulacro y el comportamiento oportunista por parte de los agentes económicos mientras se implementa el periodo de cambio.

El formato de un consejo pequeño con enormes responsabilidades sobre un amplio número de sectores, además de un complejo sistema de interacción entre las cámaras, puede actuar como un cuello de botella para el funcionamiento de la institución. Una opción más sensata parece ser la del modelo alemán (con nueve cámaras especializadas) o por el modelo neerlandés (con un consejo mínimo encargado de unas cuantas responsabilidades administrativas).

El incremento en las responsabilidades requiere de mejores sistemas de postulación que seleccionen a los mejores candidatos para los puestos de toma de decisiones. En ambos casos discutidos aquí, el mecanismo actual no garantiza una selección transparente de los mejores candidatos en postularse, en algunos casos ni siquiera basándose en sus méritos. Si la calidad del consejo es importante dentro de un regulador simple, ésta se vuelve crucial dentro de un regulador multipropósito, donde no solo se requiere de un alto grado de experiencia técnica, sino también de la capacidad de conocer y relacionar distintos sectores y donde mantener una visión más amplia de los temas a tratarse es esencial.

El fin último del diseño institucional es el de asegurar una aplicación efectiva de la ley. El éxito de los nuevos marcos institucionales tanto en España como en México aún queda por ser demostrado. Algunos elementos de las nuevas instituciones no fueron motivadas por completo por el deseo de mejorar la aplicación del reglamento. Esto puede llevar a que los beneficios potenciales no se materialicen. Los ajustes al diseño institucional, los detalles de su implementación, el diseño de procedimientos internos y la nueva cultura de las instituciones y sus gobiernos serán cruciales para aprovechar los complementos ofrecidos por las políticas reguladoras y antimonopolio.

-
- ¹ Juan Delgado agradece a Héctor Otero por sus comentarios y sugerencias, así como a Jaime Pingarrón por su excelente ayuda en la investigación. Elisa Mariscal agradece a Alexis Pirchio por su excelente ayuda en la investigación.
- ² W.E. Kovacic & D. A. Hyman, *Competition Agency Design: What's on the Menu?*, Public Law and Legal Theory Paper no. 2012-135 y Legal Studies Research Paper No. 2012-135 (2012), en adelante “Kovacic & Hyman.”
- ³ Ver Coglianesse *para obtener un resumen de los factores determinantes en el resultado regulatorio*. C. Coglianesse, *Measuring Regulatory Performance: Evaluating the impact of Regulation and Regulatory Policy*, OECD. Expert Paper No. 1 (2012).
- ⁴ G.K. Hadfield & B. R. Weingast, *Microfoundations of the Rule of Law*, Center for Law and Social Science Research Paper Series No. CLASS13-5, (7 de noviembre, 2013), en adelante “Hadfield & Weingast.”
- ⁵ Allende Salazar- comentarios sobre las preocupaciones relacionadas a la creación de un nuevo regulador, R. Allendesalazar, *Una reforma arriesgada*, Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia, ISSN 1575-2054, N° 31, págs. 5-10 (2013).
- ⁶ Además, la decisión fue acusada de ser motivada políticamente, con el fin de reemplazar a los consejos reguladores asignados por el gobierno anterior. ver F. Trillas, F. *The Institutional Architecture of Regulation and Competition: Spain's 2012 Reform*, IESE Working Paper WP-1067-E. April (2013), ahora en adelante “Trillas.”
- ⁷ En algún momento entre 2008 y 2012, por ejemplo, la dirección general de sectores regulados de la CFC estuvo dedicada casi en su totalidad a analizar temas de preponderancia en el mercado de las telecomunicaciones, mientras que la dirección de conducta unilateral dividió su portafolio, dedicando 50% a las telecomunicaciones y radiodifusión y el resto asignado a todos los demás sectores de la economía. Esto representa una distribución en extremo desequilibrada de los recursos humanos y financieros, si consideramos que las telecomunicaciones representaron tan solo el 2.73 por ciento del PIB de México en 2008. (fuente: Banco Mundial)
- ⁸ Kovacic & Hyman, *supra* nota 2.
- ⁹ D.A. Hyman & W. E. Kovacic, *Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer?*, Illinois Program in Law, Behavior and Social Science Paper No. LE12-14 pp. 2012-70 (2013) en adelante “Hyman & Kovacic.”
- ¹⁰ Petit reporta conflictos potenciales entre las políticas antimonopolio y de regulación en el sector de las telecomunicaciones en Europa, así como el incremento de redundancias entre las agencias de competencia y las Agencias Reguladoras Nacionales a nivel europeo. La competencia y la regulación interactúan dentro del marco regulador de comunicaciones electrónicas adoptado por la C.E. en el 2002, la cual introduce conceptos y principios legales de competencia como su fundamento. N. Petit, *The Proliferation of National Regulatory Authorities alongside Competition Authorities: A Source of Jurisdictional Confusion?*, in REGULATION THROUGH AGENCIES IN THE EU (Damien Geradin, Rodolphe Muñoz, & Nicholas Petit, eds. 2005) en adelante “Petit.”
- ¹¹ M.J. Trevilcock & E. M. Iacobucci, *Designing Competition Law Institutions: Values, Structure and Mandate*, 41(3) LOYOLA UNIV. CHICAGO L.J. 455 (primavera, 2010).
- ¹² International Competition Network, *Advocacy and Competition Policy Report*, ICN Conference, Italy (2012).
- ¹³ Ver, por ejemplo a , K.W. VISCUSI, J. E. HARRINGTON, & J. M. VERNON, *ECONOMICS OF REGULATION AND ANTITRUST*, 3rd Ed. (2000); D.W. Carlton & R. C. Picker, *Antitrust and Regulation*, NBER working paper series. Working Paper 12902 (2007); S.L. Dogan & M.A. Lemley, *Antitrust Law and Regulatory Gaming*, 87 TEXAS L. REV. 685 (2009); and M. Hellwig, *Competition Policy and*

- Sector-Specific Regulation for Network Industries*, Max Planck Institute for Research on Collective Goods (2008) para encontrar discusiones acerca de los distintos papeles y objetivos de las políticas reguladoras y antimonopolio.
- ¹⁴ Los reguladores multipropósito podrían tener que hallar un equilibrio entre objetivos contradictorios en regulación y competencia, limitando así el papel de los legisladores y políticos. El que sean los reguladores y no los legisladores o políticos quienes deciden la combinación de medidas podría, en principio, reducir la interferencia política. Acemoglu & Robinson llegan a la conclusión de que esto no es necesariamente positivo para el bienestar, pues un consejo puramente técnico podría ignorar consideraciones políticas que también incrementan el bienestar. Determinan que los legisladores que buscan maximizar el bienestar no deben trabajar únicamente para resolver fallas en el mercado, sino también tomar en cuenta las ramificaciones políticas de sus decisiones. Las reformas económicas implementadas sin un buen entendimiento de sus consecuencias políticas pueden reducir significativamente la eficiencia económica, en lugar de promoverla. D. Acemoglu & J. A. Robinson, *Economics versus Politics: Pitfalls of Policy Advice*, NBER Working Paper Series. Working Paper No. 18921 (2013)
- ¹⁵ B. LEVY & P. SPILLER, REGULATIONS, INSTITUTIONS AND COMMITMENT: COMPARATIVE STUDIES IN TELECOMMUNICATIONS, (1996).
- ¹⁶ Dutz & Vagliasindi and Borrell & Jimenez han hallado que la independencia tiene un efecto estadísticamente significativo sobre la efectividad de las acciones antimonopolio—M. Dutz & M. Vagliasindi, *Competition Policy Implementation in Transition Economies: An Empirical Assessment*, 44(4-6) EUR. ECON REV., 762-772 (May, 2000) and Jimenez Borrell & J. Jimenez, *The drivers of effectiveness in competition policy*, Documento de trabajo de FUNCAS, 2007/363. (2007).
- ¹⁷ J. Black, *Calling Regulators to Account: Challenges, Capacities and Prospects*, LSE Legal Studies Working Paper No. 15/2012 (2012).
- ¹⁸ Hadfield & Weingast, *supra* nota 4.
- ¹⁹ Kovacic & Hyman, *supra* nota 2.
- ²⁰ Hadfield & Weingast, *supra* nota 4.
- ²¹ Kovacic & Hyman, *supra* nota 2.
- ²² Petit, *supra* nota 10.
- ²³ Hadfield & Weingast, *supra* nota 4.
- ²⁴ K.J. Cseres, *Integrate or Separate: Institutional Design for the Enforcement of Competition Law and Consumer Law*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2013-03 (2013).
- ²⁵ Kovacic & Hyman, *supra* nota 2.
- ²⁶ T. E. Olsen & G. Torsvik, *The Ratchet Effect in Common Agency: Implications for Regulation and Privatization*, 9(1) J. L. ECON. & ORG. 136-58, (Abril 1993).
- ²⁷ Ley 3/2013, del 4 de junio que establece la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2013/06/05/pdfs/BOE-A-2013-5940.pdf>
- ²⁸ Energía (CNE, Comisión Nacional de la Energía), Telecomunicaciones (CMT, Comisión Nacional del Mercado de Telecomunicaciones), Ferrocarriles (CRF, Comité de Regulación Ferroviaria), Postal (CNSP, Comisión Nacional del Sector Postal), Aeropuertos (CREA, Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria) y Audiovisual (CEMA, Consejo Estatal de Medios Audiovisuales).
- ²⁹ CEMA y CREA.

- ³⁰ Ver Trillas, *supra* nota 6.
- ³¹ Aquellos que la ley consideró que una separación funcional del gobierno no era necesaria (eg. atención de quejas a consumidores.)
- ³² El procedimiento no es claro en el caso de procedimientos cuando no existe infracción, como en reportes, estudios y opiniones.
- ³³ De esta cantidad, 3.6 millones corresponden al número menor de consejeros, 18.7 millones a la no-creación de dos reguladores que han quedado pendientes, y 5.8 millones para eficiencias administrativas. Ver *Proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Memoria del análisis de impacto normativo*, (27 de septiembre de 2012).
- ³⁴ Pueden surgir importantes sinergias administrativas, por ejemplo, con la fusión del Ministerio del Medio Ambiente y el Ministerio de Defensa. Sin embargo, la falta de sinergias en políticas haría irrelevante cualquier sinergia administrativa potencial.
- ³⁵ Esto también podría conducir a cierta asimetría entre las iniciativas de apoyo en industrias reguladas y no-reguladas, pues las actividades de apoyo y promoción en sectores no regulados serán desahogadas por la unidad de apoyo a la competencia, con un punto de vista propio a la competencia.
- ³⁶ El nombramiento del nuevo consejo fue precedida por el despido de los miembros de consejo de los reguladores existentes antes del término de su mandato, lo cual ha sonado algunas alarmas en cuanto a los requisitos de independencia establecidos por la ley europea. Ver Trillas, *supra* nota 6.
- ³⁷ Dejando de lado por el momento las responsabilidades compartidas que tienen algunas regiones en materias de competencia, así como las distintas competencias regulatorias de la UE.
- ³⁸ Bajo el modelo anterior algunos reguladores, como en energía y telecomunicaciones, eran financiados principalmente mediante cuotas a la industria. Estas cuotas aún existen, pero ahora son recolectadas y redistribuidas por el gobierno.
- ³⁹ La autonomía debe ir más allá de únicamente lo financiero. A. Estaché & David M. Mortimert, *Politics, Transaction Costs, and the Design of Regulatory Institutions*, Policy Research Working Papers (1999). También debería significar que el regulador quede libre de reclutar a su propio personal. El nuevo regulador favorece el reclutamiento de funcionarios públicos a sus puestos más altos, lo cual limita la autonomía de reclutamiento y la experiencia del regulador. La autonomía del regulador y la calidad de los resultados en materia reguladora son reforzados al permitir la integración de economistas, abogados, e ingenieros experimentados provenientes tanto del sector público como el privado.
- ⁴⁰ Comparecencia del Presidente del CNMC ante el parlamento. Ver, *Comparecencia del presidente de la CNMC en el Congreso de los Diputados*.” (May 13, 2014).
- ⁴¹ Quizá el ejemplo más claro sea la decisión tomada por la CE en contra e Telefónica por la naturaleza anticompetitiva de sus precios de banda ancha, que habían sido aprobados anteriormente por el regulador nacional. ver COMP/38.784—Wanadoo España v Telefónica.
- ⁴² *Plan Estratégico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Competencia, Supervisión de Mercados y Regulación Económica Eficiente* CNMC (7 de mayo de 2014).
- ⁴³ En España, existe un solo operador público de aeropuertos (AENA), mientras que continúan existiendo grandes ex-monopolios públicos preponderantes en a industria ferroviaria (RENFE controla cerca del 85 por ciento del mercado de carga, mientras que es el único operador en el mercado de transporte de pasajeros) y en el sector postal (CORREOS controla alrededor del 90 por ciento del sector de correo tradicional
- ⁴⁴ Exise un sistema rotativo entre las cámaras, según el cual tras cierto periodo los miembros del consejo cambian de una cámara a otra, para así reducir la posibilidad de captura. Sin embargo, esto afecta de forma negativa la especialización de los miembros del consejo.
- ⁴⁵ Hadfield & Weingast, *supra* nota 4.

-
- ⁴⁶ La Ley Federal de Competencia Económica fue publicada el 23 de mayo en el Diario Oficial de la Federación, y entró en vigor 45 días después de su publicación (7 de julio de 2014). La Ley Federal en Telecomunicaciones y Radiodifusión –una legislación mucho más controversial– se discutió primero en el senado, donde se decidió posponer la votación hasta llegado un periodo extraordinario. Finalmente, la legislación de telecomunicaciones fue publicada el 14 de julio de 2014. Esta situación obviamente dejó al nuevo regulador en un terreno incierto con respecto a sus decisiones iniciales.
- ⁴⁷ Hyman & Kovacic, *supra* nota 9.
- ⁴⁸ *Programa Annual de Trabajo 2014*, Instituto Federal de Telecomunicaciones.
- ⁴⁹ Hyman & Kovacic, *supra* nota 9.
- ⁵⁰ B. Lyons, *Will the New U.K. Competition and Markets Authority Make Better Antitrust Decisions?*, 5(1) CPI ANTITRUST CHRON. (Mayo, 2012).
- ⁵¹ Hadfield & Weingast, *supra* nota 4.