

Sobre la recusación

Luis Alberto Ibarra

Junio 30, 2011

Me parece importante explicar ante la opinión pública las razones por las cuales el Pleno de la Comisión Federal de Competencia (CFC) consideró como procedente la recusación planteada por Telcel en contra del Presidente de la Comisión, con relación al recurso de reconsideración (expediente RA-007-2011) que esa empresa presentó con motivo de la resolución (expediente DE-037-2006) por la que el pasado 7 de abril se le impuso una multa cercana a los 12 mil millones de pesos por haber realizado, de acuerdo con el mismo Pleno, una práctica monopólica relativa (fracción XI del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE)).

En su planteamiento para la recusación, Telcel señaló que el Presidente de la CFC externó su opinión sobre el recurso de reconsideración antes de que se dicte el fallo que lo resolverá, que ha criticado públicamente el que Telcel tenga la posibilidad legal de hacer valer los recursos que la ley establece y que tiene animadversión hacia Telcel. Para demostrar su dicho, la empresa presentó una serie de pruebas, incluyendo diversas notas periodísticas y grabaciones de varias entrevistas de radio y televisión. Esta recusación debe ser resuelta por el Pleno, es decir, por los demás comisionados que no estén impedidos para votar sobre el asunto.

Para determinar si un planteamiento así es procedente o no, lo que hay que hacer es evaluar, primero, si las pruebas son válidas y, segundo, si, conforme a lo que se señala en el artículo 26 de la LFCE, esas pruebas demuestran que el Presidente de la CFC tiene un interés directo e indirecto en el asunto, por lo cual estaría impedido para participar en la sesión del Pleno donde se analice y vote sobre el recurso de reconsideración presentado por Telcel.

Respecto al primer punto, de acuerdo con diversos criterios judiciales, las notas periodísticas carecen de valor probatorio (sólo acreditan que las notas se publicaron, pero no la veracidad de los hechos ahí consignados); en cambio, las grabaciones pueden ser pruebas válidas si, como ocurrió en este caso, son reconocidas en forma expresa o tácita por la persona cuyas declaraciones fueron grabadas (de otro modo habría que considerar otro tipo de pruebas o pedir el dictamen de un perito que muestre que las grabaciones no fueron manipuladas).

Por lo que se refiere al segundo punto, la determinación de la posible existencia de un interés directo o indirecto por parte de un comisionado está normada en el artículo 40 del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia. Este artículo establece diversas razones por las cuales se debe considerar que existe este tipo de interés, por ejemplo, cuando el comisionado tiene parentesco o amistad íntima con una de las partes, cuando es heredero de una de ellas, o cuando fue perito, testigo o defensor en el asunto. Asimismo, un comisionado estará impedido de conocer el asunto en cuestión, cuando él o su cónyuge tienen un interés personal (se entiende que en sentido material o económico) en el asunto o cuando esté en una situación que pueda afectar su imparcialidad en forma análoga a las anteriores.

Esta última posibilidad (estar en una situación que pueda afectar la imparcialidad del comisionado en forma análoga a las anteriores) está sujeta a la interpretación del Pleno, pues no existen parámetros expresos que la delimiten en la LFCE o en el Reglamento.

¿Cuándo podría ocurrir esta situación? Esto es, ¿cuándo un comisionado podría estar en una situación que podría afectar su imparcialidad en forma análoga a las otras razones que aparecen de manera explícita en la reglamentación?

Desde mi punto de vista, y sólo para ilustrar este tipo de situaciones, una posibilidad para que ello ocurra es cuando un comisionado amenaza públicamente a una empresa (por ejemplo, en un evento abierto al público o en una entrevista en radio o televisión) en el sentido de que, no importa qué, él está decidido a considerarla culpable de determinada conducta. O, por el contrario, cuando el comisionado promete públicamente a cualquier empresa que hará todo lo posible, sin importar las pruebas existentes o los argumentos de la contraparte, para resolver el asunto de determinada manera. En mi opinión, una declaración así (que no está normada en forma expresa en el citado artículo 40 del RICFC) sería motivo suficiente para considerar que el comisionado que hizo las declaraciones, en uno u otro sentido, está en una situación que podría afectar su imparcialidad al momento de la votación, pues ya comprometió públicamente su voto, por lo cual debería excusarse de este asunto particular.

El ejemplo anterior es un caso extremo, casi caricaturesco. El problema es decidir respecto a casos que no son tan extremos. Por ejemplo, ¿qué pasa cuando un comisionado no hace una amenaza o promesa pública, pero presenta, también públicamente, argumentos contrarios a los de un presunto responsable de determinada conducta violatoria de la LFCE antes de la sesión del Pleno donde se va a resolver el asunto? Tal vez no hubo un pronunciamiento expreso de cuál sería el sentido del voto por parte del comisionado, pero sí una declaración implícita de culpabilidad al señalar, por ejemplo, que, en su opinión, la práctica monopólica por la cual la empresa se convirtió en un presunto responsable efectivamente ocurrió.

¿O qué pasa cuando, habiendo ya impuesto una sanción elevada en contra de determinada empresa en un asunto que, cuando se votó, no era, como se dice coloquialmente, “blanco y negro”, sino que se trataba de un caso bastante complicado y controvertido, y en los días siguientes el comisionado hace, de manera pública, pronunciamientos para descalificar o rebatir posibles agravios que la empresa sancionada podría presentar en el recurso de reconsideración correspondiente? ¿Qué pasa cuando sus señalamientos van específicamente dirigidos a lo que dice o interpreta el abogado de la empresa sancionada sobre la resolución que apenas va a ser recurrida, es decir, cuando se trata de argumentos de la empresa que no son parte ni están contenidos en la resolución con la que se le sancionó?

Evidentemente, emitir una opinión técnica sobre cierto asunto o interpretar determinada disposición jurídica no son prueba, por sí mismas, de que el comisionado tiene un interés personal en el asunto, esto es, que la emisión de esa opinión o interpretación normativa significa necesariamente que el funcionario obtendrá un beneficio económico.

Sin embargo, ello es diferente de otro tipo de situaciones donde no existe un interés personal en términos materiales o económicos, pero sí un interés directo o indirecto porque, públicamente, el funcionario presentó argumentos dirigidos precisamente en contra de lo que la empresa sancionada argumentó o podría argumentar en la reconsideración del asunto, especialmente cuando dicha empresa ya anunció que presentará este recurso. En mi opinión, este posicionamiento público va más allá de una simple opinión técnica y coloca al comisionado en una situación que podría afectar su imparcialidad al momento en que se lleve a cabo la votación del caso.

Es importante aclarar que el criterio seguido por el Pleno en este tema no establece que el comisionado haya sido parcial o que haya tenido una posición sesgada cuando tuvo lugar la votación con la que se decidió sancionar a la empresa. Tampoco se trata de un acto de censura que implique que el comisionado, de ahora en adelante, deba abstenerse de explicar a la ciudadanía las resoluciones que emita la Comisión, obviamente sin hacer referencia a información confidencial o reservada. Lo único que se establece, al considerar procedente una recusación, es que, para proteger la probidad y respetabilidad profesional del comisionado, así como para evitar una afectación indebida a una de las partes en el proceso, es necesario que el funcionario en cuestión no participe en la votación del asunto que el Pleno debe resolver.

Por otro lado, independientemente de los desacuerdos o de la opinión que cada quien pueda tener sobre las causales de recusación, algo que me parece sumamente positivo de todo este episodio es haber hecho pública la posición final de los comisionados, tanto de los que votaron a favor como de los que votaron en contra del incidente de recusación. Ello fortalece la transparencia y la rendición de cuentas respecto de las decisiones que toma la Comisión. Es más, para cualquier asunto que, como dicen los abogados, queda firme en sede administrativa, lo que en muchos casos implica que ya se resolvió el recurso de reconsideración correspondiente, sería deseable que siempre se hicieran públicas las razones que sustentan, en su caso, las posiciones de la minoría de los comisionados que votó en contra de una determinada resolución. Pero ello debe ocurrir hasta el final del procedimiento, cuando ya pasó la última votación que se requiera en el asunto, para evitar que un posicionamiento anticipado por parte de los comisionados comprometa o prejuzgue el sentido de su voto.

En suma, me parece que la decisión del Pleno, lejos de debilitar, fortalece el marco institucional en el que se desenvuelve la Comisión, pues es fundamental asegurar la mayor imparcialidad posible en la toma de decisiones por parte de los comisionados, y considero que la difusión pública de los posicionamientos por parte de los integrantes del Pleno, al final del proceso, dará mayor transparencia y mejorará la rendición de cuentas de la Comisión ante la ciudadanía.