

REFORMAS A LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA
COMITÉ DE COMPETENCIA ECONÓMICA
BARRA MEXICANA, COLEGIO DE ABOGADOS, A.C.
NOTAS PARA DEBATE DEL 13 DE JUNIO DE 2006

Francisco González de Cossío

A continuación se adelantan algunas ideas con miras a invitar y nutrir el intercambio de opiniones que sobre las modificaciones a la Ley Federal de Competencia Económica tendrá lugar el 13 de junio de 2006 bajo los auspicios del Comité de Competencia Económica de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

De las múltiples aristas que suscitan las reformas, me corresponden dos temas, que serán brevemente comentados: la facultad de desconcentrar activos y el programa de indulgencia.

Desincorporación

La desincorporación es la más seria e importante de las sanciones en materia de competencia económica. En Estados Unidos, dicha sanción se prevé en dos circunstancias: concentraciones que resulten en monopolios y 'monopolización'.

La desconcentración es una medida *estructural*: incide sobre la estructura de la industria, lo que la diferencia de sanciones que inciden en conducta (v.gr., multas u órdenes de no hacer).

Esta medida tiene tanto ventajas como desventajas.

Como **ventajas** pueden señalarse eficacia y sencillez. Es más *eficaz* pues ataca la causa y no el efecto: erradica las circunstancias que constituyen caldo de cultivo de prácticas monopólicas. Es más *sencillo* dividir que continuar monitoreando y, en su caso, sancionando conducta de agentes económicos proclives a realizar prácticas anticompetitivas. Y las alternativas generan problemas similares. Por ejemplo, la orden de dar acceso a un 'activo esencial' implica la necesidad de establecer precio y calidad. De otra manera, la medida sería fácilmente burlada por el dominante. (Lo cual implica una solución subóptima: será un órgano burocrático, y no el mercado, quien las decida.) Ello invita aun más problemas: el monitoreo de precios necesariamente anquilosa las respuestas a los estímulos del mercado.

Como **desventajas** pueden señalarse su seriedad y dificultad. Ordenar la fragmentación de agentes económicos no solo es una medida draconiana, sino que existe la posibilidad de que se esté sancionando a un agente económico exitoso. Ello hace relevante una aguda advertencia del (famoso) juez Learned Hand de Estados Unidos en un caso paradigmático (*Alcoa*): "The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins".¹

Su dificultad reside en cómo dividir. ¿Dónde debe establecerse una línea que fracture lo que ha demostrado ser un agente económico funcional? Recuérdese que el éxito del todo depende de sus partes. Su exitosa participación de mercado a través del tiempo bien puede ser resultado de superior eficiencia. Fragmentarla podría tener un efecto asemejable a la amputación de un miembro. Lo que es más, puede tener efectos negativos desde la perspectiva del consumidor: mermar eficiencias.

¹ *United States v. Aluminum Co. of America*, United States Court of Appeals, Second Circuit, 1945 (148 F.2d 416).

Programa de Indulgencia

Los carteles constituyen la violación más atroz de la competencia económica. Su costo social se valora (conservadoramente) en miles de millones de dólares anualmente.

Los programas de indulgencia son crecientemente utilizados por autoridades de competencia económica para desincentivar la creación de carteles o para atacar los mismos. *Grosso modo* existen dos especies: de ‘amnistía’ y de ‘indulgencia’. Mientras que el primero exime de sanción a quien proporciona información, el segundo implica sólo su reducción.

El objetivo de estos programas no es sancionar sino disuadir. Generan incentivos para que los miembros de un cartel proporcionen información que de otra manera sería difícil obtener. Ello obedece a que los agentes económicos que desean erigir un cartel conocen los riesgos, cuentan con asesoría sofisticada y se aseguran de no dejar rastro alguno de su existencia. De allí la dificultad de combatirlos. Comprendido lo anterior se palpa la utilidad del programa: revierte las psicologías de un cartel. Los desestabiliza, y propicia el que sea mediante la entrega voluntaria —y no la coerción— la forma en que se obtengan los elementos probatorios de su existencia.

La decisión de adherirse a un cartel es meramente financiera: pueden rápida y súbitamente incrementarse ganancias. Los programas de indulgencia atacan el corazón de esta decisión: la reducción de la certeza del éxito de un cartel incrementa el riesgo (y por ende costo) de la estrategia, haciéndola menos atractiva. Aunado a los riesgos involucrados (multas importantes y en ocasiones cárcel), con frecuencia ello es descorazonador suficiente.

Diferentes países han adoptado programas de indulgencia. En Estados Unidos existe uno desde 1978, y a partir de 1993 existe un programa de amnistía. La Comunidad Europea, Canadá, Reino Unido, Alemania y Corea también han adoptado programas de indulgencia con diferentes modalidades. Francia y Suecia (entre otros) los están considerando.

Según un reporte de la OCDE (2002) los éxitos han sido notorios. Muchos carteles (inclusive internacionales) han sido detectados y sancionados, y se atribuye a los programas de indulgencia gran parte del éxito.

No obstante los beneficios conceptuales de los programas de indulgencia, aún está por verse cómo lo implementará la Comisión Federal de Competencia. Algunos aspectos recomendables son claridad (¿qué beneficios se obtendrán?), confidencialidad y seguridad.