

SANCIONES BAJO LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA: UN COMENTARIO DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO[†]

*Francisco González de Cossío**

Las personas se convierten en criminales, no porque sus fines difieran de los de otras personas, sino porque sus beneficios y costos son diferentes.

Gary Becker – Premio Nobel de Economía (1992)

| | | |
|------|--|---|
| I. | INTRODUCCIÓN..... | 2 |
| II. | ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PENAL | 2 |
| | A. INTRODUCCIÓN: UN MODELO ELEMENTAL..... | 2 |
| | B. LAS SANCIONES DE LA LFCE BAJO EL MODELO | 4 |
| | 1. <i>B</i> es muy superior a <i>M</i> | 4 |
| | 2. <i>P</i> es muy bajo..... | 7 |
| | C. CONCLUSIÓN | 8 |
| III. | MORALEJA | 9 |

[†] Conferencia emitida en el seminario “REFORMAS A LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO ACTUAL”, UNAM, 3 de Septiembre 2010.

* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. (www.gdca.com.mx) Profesor de Competencia Económica, Universidad Iberoamericana. Este ensayo refleja mi opinión personal exclusivamente.

I. INTRODUCCIÓN

Las sanciones por violación a la Ley Federal de Competencia Económica (“*LFCE*”) fueron incrementadas en 2006 y están en vías de serlo aún más.¹ Ello ha propiciado preocupación. Y es de entenderse. Se trata de las sanciones más importantes del sistema jurídico mexicano. Si a ello se le suma el estatus de la competencia en México, es de entenderse que existan preocupaciones—inclusive cabildeo y obstrucción por grupos de interés.

Pero el incremento de las sanciones es necesario. Lo que es más, es insuficiente. A continuación explicaré por qué utilizando la (poderosa) herramienta del Análisis Económico del Derecho.

II. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PENAL

A. INTRODUCCIÓN: UN MODELO ELEMENTAL

De entre las diversas lecciones normativas que se derivan del estudio económico del derecho penal,² resalta por su importancia la siguiente ecuación:

$$M(P) > B$$

Donde:

M = Multa

B = Beneficio

P = Probabilidad de que se imponga

Dicha función describe la multa óptima. Una multa se impone para disuadir conducta deplorable. Pero simplemente imponer una multa no es suficiente. Tiene que estar cuidadosamente calibrada para mandar el mensaje e incentivo correcto.

¹ A la fecha de esta nota (agosto 2010), la modificación a la LFCE había sido aprobada por la Cámara de Diputados y estaba siendo discutida por la Cámara de Senadores. Dado el peso político detrás de la misma, es de pronosticarse que las modificaciones se aprueben.

² Sobre ello, se recomienda la obra de Andrés Roemer, ECONOMÍA DEL CRIMEN, Noriega Editores, México, D.F., 2008.

De lo contrario, no sólo no cumplirá su función (disuadir), sino que bien puede tener el efecto contrario: incentivar. Me explico.

Para disuadir, *una multa debe ser superior al beneficio que la conducta reprochable arrojaría, multiplicado por la probabilidad de que la multa se imponga*. O dicho al revés: la multa —multiplicada por la probabilidad de su imposición— debe ser superior al beneficio que la conducta reprochable genera. Es decir, $M(P) > B$. Cuando dicha lección no se observa, ocurren dos resultados:

1. **Análisis costo-beneficio:** Si la multa no es superior al beneficio esperado, es como si no existiera para efectos de su fuerza disuasiva. El malhechor prospectivo mirará el beneficio neto (el que excede costo) y, si es atractivo, llevará acabo la conducta. Si no es atractivo, no la llevará acabo. Es así de sencillo.
2. **Incentivo, lejos de desincentivo:** Cuando la actividad genera costos a terceros, si no se canalizan éstos a quienes la realizan (vía responsabilidad o multa), el resultado económico es que, lejos de *desincentivar*, se *incentiva* una actividad. El motivo: como el costo *individual* de la actividad en cuestión no refleja su costo *total*,³ el producto final es más ‘barato’ para quien lo produce. Está subsidiado. Y cuando algo está subsidiado,⁴ se consume más de ello.

Por ende, la gran ironía de la calibración incorrecta de una sanción es que, *lejos de disuadir, puede no sólo invitar sino incentivar que la actividad*

³ Por ‘costo total’, me refiero al costo social que impone la actividad. Ello incluye los costos que impone en terceros. Estos pueden tomar muchas formas, por ejemplo riesgos (que son un costo), la adopción de conducta subóptima (distinta a la que ocurriría en ausencia de la actividad o si existiera un mecanismo eficiente para canalizar las consecuencias a quien las genera), o simple tolerancia no remunerada (probablemente por falta de confianza en los mecanismos para recurrirla). (¿Suena familiar?) Para abundar sobre esto, véase González de Cossío, IRRESPONSABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD, en ANÁLISIS Y PROPUESTA DE MEJORA AL MARCO JURÍDICO MEXICANO, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Ed. Themis, México, D.F., 2010, p. 559; también visible en www.gdca.com.mx/publicaciones.

⁴ Su precio está por debajo de su ‘valor de mercado’.

deplorable ocurra. Y todo porque quien la confeccionó no entiende de análisis económico del derecho.

Hay quien cuestiona dicho análisis indicando que supone que el criminal es sensato. Que lleva a cabo el tipo de análisis que llevaría a cabo un economista o un hombre de negocios entrenado.

Disiento. Y para explicar porqué, deseo hacer eco de una observación de (el Premio Nobel de Economía) Gary Becker: quienes piensan que los criminales son sociopatas que actúan así porque no saben lo que hacen, están mal. De hecho, son ellos quienes no saben lo que están diciendo. El criminal es un tomador de decisiones sensato que analiza la conveniencia de hacer un delito siguiendo un análisis costo-beneficio. De hecho, todos somos así. Todo lo que hacemos (sí, ¡todo!) está guiado por este análisis, lo concienticemos o no.

B. LAS SANCIONES DE LA LFCE BAJO EL MODELO

En el caso de la competencia económica en México, éste modelo es relevante pues actualmente B es muy superior a M , y P es muy bajo. Como resultado, las consecuencias negativas apuntadas fluyen. Las sanciones actuales no disuaden. Y probablemente incentivan la conducta deplorable deseada erradicar (las prácticas monopólicas).

A continuación justifico la aseveración.

1. B es muy superior a M

B es muy superior a M . Es decir, el beneficio de incurrir en prácticas monopólicas es muy superior a su multa—inclusive la más alta.

La aseveración contiene dos variables. Tomemos cada una por separado.

a) *Beneficio*

El Beneficio (*B*) es alto, pues las prácticas monopólicas son altamente lucrativas. Permiten obtener rentas supracompetitivas.⁵ Mucho puede decirse sobre el beneficio. Y para dar una cifra tendría que ceñirme a una industria particular. En vez de hacerlo, prefiero citar lo que la OECD ha dicho con respecto a los cárteles:⁶

El daño económico mundial de los carteles es claramente muy importante, aunque difícil cuantificarlo con certeza. Conservadoramente, exceder varios miles de millones de dólares por año.

[The worldwide economic harm from cartels is clearly very substantial, although it is difficult to quantify it accurately. Conservatively, it exceeds many billions of US dollars per year.]

Con una zanahoria así (miles de millones de dólares), ¿quién no estaría interesado?

b) *Multa*

M es bajo puesto que las sanciones que actualmente contempla la LFCE, aunque aisladamente importantes, son *relativamente* pequeñas. ¿Porqué *relativamente* pequeñas? – por que, comparadas con los (enormes) beneficios, palidecen. Me explicó.

Actualmente, las sanciones por la violación a la LFCE son:⁷ por cometer prácticas monopólicas absolutas US\$6,754,702.19.⁸ Por incurrir en prácticas

⁵ No es el momento para agotar la aseveración. Para ello, véase González de Cossío, COMPETENCIA ECONÓMICA: ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Ed. Porrúa, México, D.F., 2005, p. 32 *et seq.*

⁶ OECD Reports. FIGHTING HARD CORE CARTELS: HARM, EFFECTIVE SANCTIONS AND LENIENCY PROGRAMMES, 2002, p. 71.

⁷ Todas las cifras están dolarizadas. El salario mínimo general vigente para el Distrito Federal (“*Salario Mínimo*”) asciende a \$57.46. La paridad peso dólar a \$12.76 pesos por dólar de Estados Unidos de América.

⁸ Artículo 35.IV de la LFCE (1,500,000 veces el Salario Mínimo).

monopólicas relativas⁹ o realizar una concentración prohibida:¹⁰ US\$4,052,821.31. Existen otras sanciones.¹¹ Me centraré en las anteriores.

Si la reforma a la LFCE se aprueba, las prácticas monopólicas **absolutas** estarán penadas con una multa equivalente al 10% de los ingresos del agente económico, y cárcel de tres a diez años;¹² y las prácticas monopólicas **relativas** estarán sancionadas con el 8% de los ingresos del agente económico.

Compárense dichos montos con las multas que otras jurisdicciones han impuesto. Por ejemplo, en Estados Unidos las sanciones por incurrir en prácticas monopólicas son los daños que generen, inclusive multiplicados por tres. Al amparo de ello recientemente (2 agosto 2010) se emitió una multa por US\$220 millones (*United States of America v. Chi Mei Optoelectronics Corporation*), otras tantas por US\$300 millones de dólares,¹³ y ha llegado hasta US\$500 millones (*United States of America v. F. Hoffmann-La Roche LTD*, 20 mayo 1999).

En Europa las sanciones por incurrir en (el equivalente a las) prácticas monopólicas son de 1,000 a 1,000,000 de euros o el 10% de ventas. La sanción por el abuso de posición dominante empieza entre un millón de euros y 20 millones. Casos de abusos claros serán superiores.¹⁴

En la práctica, se observa un gradual pero constante incremento. Por ejemplo, en el caso *AAMS* se sancionó con 6 millones de euros, en el caso *Virgin-BA*

⁹ Artículo 35.V de la LFCE (900,000 veces el Salario Mínimo).

¹⁰ Artículo 35.VI de la LFCE (900,000 veces el Salario Mínimo).

¹¹ En caso de reincidencia, se podrá imponer una multa hasta por el doble de la que corresponda, o hasta por el diez por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior, o hasta por el diez por ciento del valor de los activos del infractor, el que resulte más alto.

¹² Artículo 254 bis del Código Penal Federal.

¹³ *United States of America v. Korean Airlines Co. Ltd*, (1 agosto 2007), *United States of America v. Samsung Electronics Company Lt. and Samsung Semiconductor Inc.* (30 noviembre 2005), y *United States of America v. British Airways PLC* (23 agosto 2007).

¹⁴ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to art 15(2) of Regulation 17 and art 65(5) of the ECSC Treaty (1988) OJ C9.

con 6.8 millones de euros, en *Deutsch Post* con 24 millones de euros, en *Michelin* 19.76 millones de euros, en *Deutsche Telekom* 12.6 millones de euros, *Wanadoo*: 10.35 millones de euros, y *AstraZeneca* con 60 millones de euros. Recientemente se han impuesto multas por 497 millones de euros (*Deutsche Post AG*, 2001), *Telefónica* por más de mil millones de euros; y el clímax parece ser *Intel*, donde se impuso una multa por arriba de mil sesenta millones de euros.¹⁵

Para quien considere inapropiado comparar el caso mexicano con las economías de Estados Unidos o Europa, tomaré un caso más cercano: Brasil. El día mismo en que se dio esta conferencia, la autoridad de competencia brasileña impuso una multa de mil ochocientos millones de dólares a entidades que habían incurrido en el equivalente a prácticas monopólicas absolutas en el mercado de gas.

2. *P* es muy bajo

Además de que los montos en sí son inferiores, el motivo más importante es *P*: la probabilidad de que la multa se haga cumplir.

La probabilidad de que la multa se pague es baja—demasiado. El motivo: el (deplorable) estatus de la ejecución de fallos en México. Los motivos son diversos. Resalta el *tiempo* que toma obtener una sentencia y la *cantidad* de recursos para recurrir los pasos legales que deben tomarse para ejecutarla coactivamente.¹⁶ (Nótese que no toco un tema importante: corrupción.)

Lo anterior no es noticia, por lo que no me explayaré. Me ceñiré a decir que, con el afán de asegurar tutela judicial, nuestro Poder Judicial ha imbuido de un enorme grado de incertidumbre a la ejecución de fallos. Como resultado, todo el sistema sufre. Todos somos menos prósperos. Todos derivamos menos utilidad¹⁷

¹⁵ Case COMP/C-3/37.990 — *Intel*.

¹⁶ Me refiero al régimen de ejecución de sentencias que han causado estado. Sin embargo, la aseveración también puede hacerse con respecto su obtención. Es decir, recursos intra-procesales.

¹⁷ En su sentido económico y filosófico.

de nuestros derechos. Ello afecta directamente el patrimonio de todo aquél al que le aplique Derecho mexicano.¹⁸

C. CONCLUSIÓN

Entendido lo anterior, la conclusión se torna evidente: en México las prácticas monopólicas ocurren por una sencilla razón: *es sensato llevarlas acabo*. Dado lo baratas que son, y su (enorme) beneficio, sería un error de negocios no incurrir en las mismas.

Fundamentaré mi (atrevida) aseveración.

Compárense las multas impuestas en otros mercados con la multa *esperada* mexicana, que conservadoramente puede ser de US\$680,000.¹⁹ Un estimado más real pero aún conservador sería de US\$204,000.²⁰ Una más apegada a la realidad sería US\$68,000.²¹

Conclusión: mientras que en Europa, Estados Unidos y Brasil una práctica monopólica absoluta cuesta hasta quinientos millones de dólares (EU), mil ochocientos millones de dólares (Brasil) y más de mil millones de euros (Europa), en México cuesta US\$68,000.

¹⁸ Para entender porqué, véase D = O X E, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho No. 34, año 2010 (visible también en www.gdca.com.mx/publicaciones/varios). En caso de desear abundar, véase González de Cossío, EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.

¹⁹ Éste monto deriva de descontar la multa por prácticas monopólicas absolutas (6.8 millones de dólares) por una probabilidad de 10%. Dicho porcentaje es conservador. He investigado el porcentaje de multas impuestas por la CFC que, a lo largo de 17 años, han sido cobradas. Aunque no existen cifras exactas, se me indica que el monto oscila en tres por ciento. Sí, ¡3%! Y se me indica que la mayoría obedece a pago voluntario. Es decir, quien ha decidido no pagar, se ha salido con la suya. Ante dicho trasfondo, una probabilidad más acertada sería muy inferior.

²⁰ Si utilizamos una probabilidad de tres por ciento, dado lo descrito en el pie de página anterior.

²¹ Resultado de multiplicar la multa *ex lege* por una probabilidad de 1%. El motivo por el que me atrevo a tomar esta cifra obedece a lo descrito en los dos pies de página anteriores.

Comparado con los beneficios que el (atractivo) mercado mexicano ofrece, ¿quién no se coludiría en México?

III. MORALEJA

Si en verdad deseamos disuadir la comisión de prácticas anticompetitivas, incrementar las multas es una condición *necesaria pero insuficiente*. El verdadero *quid* reside, no en incrementar su *quantum*,²² sino su *probabilidad* de ejecución. Para ello, sería conveniente:

1. Incrementar los recursos de las autoridades de competencia;
2. Hacer más expedito el régimen de ejecución de fallos. Para ello, nuestro Poder Judicial tiene que repensar todo el régimen de ejecución de los mismos para hacerlo más rápido y eficiente.²³

De lo contrario, cuando el Estado de Derecho dista de ser eficaz, quien *en verdad* gana al incrementar las sanciones es la clase cleptocrática.

²² De hecho, dado todo lo anteriormente expuesto, propongo al lector que considere que si la propuesta de modificación de multas enviada por la Cámara de Diputados a la Cámara de Senadores no es aprobada, ello será evidencia de algo muy serio: que dicho órgano está capturado (en el sentido de la teoría de captura regulatoria de Stigler). Ello sería triste, pero no novedoso. Autoridades mexicanas diversas muestran síntomas de ello.

²³ En forma relevante, considero que debemos atacar el problema de raíz. La 'eficiencia' como una fuente real de Derecho debe ser inculcada en la mente de los estudiantes de Derecho. Así lo propongo y defiendo en LA EFICIENCIA COMO UNA FUENTE REAL DEL DERECHO, www.gdca.com.mx/publicaciones/varios.