

Reformas al Código Penal mexicano en materia de competencia económica

Miguel FLORES BERNÉS*

I. INTRODUCCIÓN

La Comisión Federal de Competencia (CFC) es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía que tiene como mandato aplicar las disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), misma que es reglamentaria del artículo 28 de la Constitución en materia de competencia y persecución de prácticas monopólicas. Conforme al propio artículo 2o. de la LFCE su fin último es prevenir y sancionar conductas que provoquen ineficiencias en los mercados, principalmente la reducción del abasto de bienes y servicios para los consumidores y usuarios.

Por la vía preventiva, la CFC actúa mediante la revisión previa de las concentraciones entre agentes económicos que, por su tamaño y fuerza en los mercados, pudieran generar problemas de competencia. Estas concentraciones principalmente pueden ser horizontales (entre competidores) o verticales (entre empresas que se encuentran en diferentes etapas de la actividad productiva).

La ley busca cumplir con el mandato constitucional de perseguir con eficacia “toda concentración... en una o pocas manos de artículos de consumo necesario...”. Para evitar concentraciones inadecuadas en licitaciones y concesiones de bienes del dominio público, de conformidad con el décimo párrafo del artículo 28 constitucional, también

* Comisionado de la Comisión Federal de Competencia.

Las opiniones son exclusivas del autor y no reflejan la postura de la Comisión Federal de Competencia.

la CFC tiene facultades para aprobar las bases y emitir opinión favorable para la participación de agentes económicos en las licitaciones referidas. Otro aspecto de prevención es la facultad de la CFC para emitir opiniones respecto de anteproyectos de leyes, reglamentos o actos administrativos de carácter general cuando pudieran contener disposiciones contrarias a la libre competencia y a la competencia.

Asimismo, la CFC también tiene atribuciones para realizar análisis de determinados mercados a fin de determinar si, en dichos mercados, existe un agente dominante que podría ser sujeto a una regulación asimétrica —respecto a otros agentes económicos— o si existe o no competencia efectiva en un mercado analizado. La intervención de la CFC tiene como propósito elaborar un análisis del mercado relevante cuyos resultados —eventualmente— puedan permitir la emisión de regulación por parte de alguna autoridad que pretenda corregir las fallas en ese mercado.

Por la vía correctiva y claramente sancionadora, la CFC actúa investigando y sancionando las denominadas prácticas monopólicas y las concentraciones prohibidas.¹ Recordemos que el mismo artículo 28 constitucional indica que en México quedan prohibidas dichas prácticas y que “la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia” esas conductas.

No obstante hay prácticas monopólicas más perniciosas que otras, por ejemplo los acuerdos entre competidores para fijar precios, reducir el abasto, segmentar mercados y acordar posturas en licitaciones públicas parecen mucho más negativos que las denominadas prácticas monopólicas relativas que sólo se sancionan si las lleva a cabo un agente con poder sustancial de mercado y sus efectos son más negativos que positivos, así, si bien se deben sancionar severamente todas las prácticas monopólicas, resulta que pueden existir algunas que ameriten ser consideradas delitos por ser en realidad apropiaciones ilícitas del bienestar de los consumidores que se lleva a cabo mediante un engaño

¹ La persecución de las concentraciones prohibidas incluiría la investigación y sanción de aquellas fusiones o adquisiciones entre agentes económicos cuyo resultado fuera la creación de un agente con poder sustancial de mercado, que tuviera por objeto o efecto desplazar a sus competidores y facilitar asimismo la comisión de prácticas monopólicas relativas o absolutas.

realizado por competidores que sólo simulan serlo pues han acordado ya los precios o el abasto.

Más adelante analizaremos qué prácticas deberían ser consideradas delitos y criticaremos la redacción del actual artículo 253, fracción I, del Código Penal Federal, para después realizar un estudio de la nueva propuesta aprobada por la Cámara de Diputados que crea un nuevo artículo 254 bis contemplando la criminalización de los acuerdos colusivos. En el transcurso del análisis revisaremos los argumentos a favor y en contra de perseguir penalmente estas conductas.

II. TIPOS DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS

La LFCE divide las prácticas monopólicas en dos:

- 1) Prácticas monopólicas absolutas (PMA's). Son acuerdos entre competidores para fijar los precios, restringir el abasto, segmentar el mercado o acordar posturas en licitaciones públicas. Estas prácticas sólo requieren que se acredite el acuerdo para ser sancionadas, es decir, no se requiere un análisis de los efectos perniciosos del acuerdo. Por esta razón se dice que estas prácticas son sancionadas *per se*.
- 2) Prácticas monopólicas relativas (PMR's). Son el equivalente a un abuso de dominancia en un mercado. La ley en este caso sanciona una conducta debidamente tipificada que, cuando es llevada a cabo por un agente con poder sustancial de mercado, puede crear ineficiencias. Estas prácticas comerciales entonces no se sancionan cuando las lleva a cabo un agente sin poder sustancial de mercado, ni tampoco cuando las lleva a cabo un agente dominante, pero sus efectos positivos reflejados en ganancias en eficiencia resultan mayores que los negativos (regla de la razón). El análisis de estas prácticas incluye no sólo acreditar la conducta tipificada en la ley, sino también que esta conducta se dé en un mercado relevante (definiendo producto o servicio relevante y área geográfica donde son objeto de comercio), así como la acreditación del poder sustancial de mercado del agente que lleva a cabo la conducta.

1. *Razones a favor de sancionar penalmente sólo las PMA's*

Las prácticas monopólicas absolutas o acuerdos colusivos son considerados por la mayoría de las legislaciones en el mundo como una de las violaciones más graves a la competencia. Por otro lado, el efecto negativo de las prácticas relativas depende de quién las realice y de las circunstancias del mercado en que actúe. Las prácticas monopólicas absolutas generalmente no conllevan beneficios y las eventuales ganancias en eficiencia podrían darse en condiciones de competencia. Las prácticas monopólicas relativas generalmente acarrear efectos negativos y positivos para la competencia.

Los acuerdos colusivos además implican un engaño al consumidor, pues se trata de competidores que acuerdan simular la existencia de una supuesta competencia, pero en realidad diseñan un esquema para fijar un precio o reducir el abasto en un mercado y no competir. En ocasiones se reparten los mercados de forma territorial o por características de productos o clientes. Las colusiones más graves, desde mi punto de vista, son aquellas que engañan en una licitación pública simulando competencia y acordando quién ganará la licitación previamente, lo que acarrea en ocasiones un verdadero fraude en perjuicio de la Hacienda pública.

Estos engaños al final tienen como consecuencia la apropiación ilícita de la riqueza del adquirente del producto o servicio de que se trate, pues se logra la elevación del precio y se termina pagando un precio mayor. Asimismo, se da una acordada escasez del producto que redundará en que algunos potenciales adquirentes se vean privados de ese bien y servicio que por el acuerdo ilícito hace que nunca llegue al mercado y no se encuentre disponible para esos consumidores que estaban dispuestos a pagar por él.

Por lo anterior, se considera que si bien las prácticas monopólicas relativas deben ser perseguidas y sancionadas severamente en el ámbito administrativo, son las prácticas monopólicas absolutas —por sus características de ser un engaño para apropiarse ilícitamente del bienestar de los ciudadanos— las que deben ser consideradas como delitos.

2. *¿Es necesario sancionar penalmente si existe una sanción administrativa?*

En principio entonces descartamos la idea de que se deban sancionar penalmente las PMR's, pues estas generan efectos positivos y negativos y su sanción penal podría inhibir los efectos positivos. Asimismo, desde el punto de vista práctico el análisis de las PMR's incluye la determinación de la existencia de poder sustancial de mercado en un mercado relevante, lo que implica el uso de análisis económicos complejos que parecen impropios para sustentar una responsabilidad penal.

Ahora bien, respecto únicamente de las PMA's ¿resulta conveniente sancionarlas como delitos? Hay visiones a favor y en contra. En 2009, Terry Calvani escribió un análisis de diferentes jurisdicciones donde analiza este tema. Este autor señala que una razón relevante para recurrir a las sanciones penales se deriva de que para que sean realmente disuasivas, las multas administrativas deben alcanzar montos muy relevantes que probablemente serían imposibles de pagar por muchas empresas e irían a la quiebra.

Esto es cierto en parte, pues como lo señala la consejera Pilar Sánchez Núñez, el infractor puede realizar un análisis costo-beneficio de su actuar ilícito y si éste le representa un beneficio ilícito mayor que el riesgo de ser sancionado, podría inclinarse por cometer la conducta ilegal.

Así los beneficios extraordinarios fruto de la infracción son un hecho conocido para el potencial infractor quién valorará las probabilidades de ser efectivamente sancionado. Si la probabilidad de ser sancionado es total, entonces con que el monto de la multa iguale el beneficio por obtenerse la multa se constituirá en un disuasivo suficiente. Pero si no es seguro que el infractor será sancionado, se requeriría un monto de multa que tome en cuenta las probabilidades de sanción.

Por ejemplo, si la probabilidad de captura es del 33%, el monto de la multa debería elevarse a tres tantos el monto del beneficio ilícito para ser realmente disuasivo.² Esto puede elevar las multas a niveles elevadísimos e imposibles de pagar. Es además evidente que la empresa puede quebrar y se perderán empleos y provisión de abasto al

² [http://www.competenciaeconomica.com.mx/eventos/201009/SANCIONES_Pilar_Sánchez_\(PROTLCUEM\).pdf](http://www.competenciaeconomica.com.mx/eventos/201009/SANCIONES_Pilar_Sánchez_(PROTLCUEM).pdf).

mercado. La sanción penal al que cometió la falta es un desincentivo natural y poderoso.

Asimismo, señala Calvani que las multas administrativas las pagan las empresas y las personas físicas no pagan el daño causado, la sanción penal entonces afecta directamente al culpable de la conducta.³ Los accionistas minoritarios o los que no tienen control de la empresa se ven afectados por la conducta de los directivos que acuerdan llevar a cabo la conducta, no parecería correcto que la empresa y sus accionistas paguen el precio de la falta del administrador. Hay que decir que esta razón aplica más en Estados Unidos en donde la mayoría de las empresas no son familiares o son dirigidas por administradores profesionales y no por miembros o familiares del grupo de control.

Una última razón que esgrime Calvani es que las víctimas pueden terminar, a veces, pagando las sanciones administrativas. Esto sucedió en el caso de escuelas privadas en Reino Unido; las escuelas fueron sancionadas por su conducta pero después estas empresas subieron las colegiaturas para salir adelante.

No obstante, hay que reconocer que existen riesgos de convertir en delitos las conductas que son PMA's. Uno de los riesgos es que se puede llegar a condenar a personas inocentes. Tal riesgo existe en cualquier delito y si esa fuera la única razón para no tipificar una conducta como delito, no existirían los delitos.

Otro argumento es que las PMA's se consideran conductas que sólo violan una regulación administrativa pero que no son malas en si mismas, o no son tan malas en si mismas para ser consideradas un delito. Este argumento estimo que también tiene fallas pues el acuerdo entre competidores para sustraer parte de la riqueza y bienestar a los consumidores usando el engaño (hacen como que compiten), parece una conducta muy cercana al fraude.

Calvani señala otra razón de preocupación, y es que los estándares de defensa son más altos cuando se trata de sancionar penalmente que cuando se trata de la imposición de una sanción administrativa, esto hace que sea más difícil ganar estos casos para la autoridad, lo que puede reducir el efecto disuasivo. En México, este argumento es par-

³ "Custodial Sanctions for Cartel Offences: An Appropriate Sanction in Australia?", Calvani, Terry y Calvani, Torello H., *17 Competition & Consumer Law Journal*, 2009.

cialmente cierto, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que son aplicables los principios en materia penal en el caso de imposición de sanciones administrativas, cuando esto sea prudente:

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO. De un análisis integral del régimen de infracciones administrativas, se desprende que el derecho administrativo sancionador posee como objetivo garantizar a la colectividad en general, el desarrollo correcto y normal de las funciones reguladas por las leyes administrativas, utilizando el poder de policía para lograr los objetivos en ellas trazados. En este orden de ideas, la sanción administrativa guarda una similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico; en uno y otro supuesto la conducta humana es ordenada o prohibida. En consecuencia, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador resultan ser dos inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos. Ahora bien, dada la similitud y la unidad de la potestad punitiva, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador puede acudirse a los principios penales sustantivos, aun cuando la traslación de los mismos en cuanto a grados de exigencia no pueda hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. Desde luego, el desarrollo jurisprudencial de estos principios en el campo administrativo sancionador —apoyado en el Derecho Público Estatal y asimiladas algunas de las garantías del derecho penal— irá formando los principios sancionadores propios para este campo de la potestad punitiva del Estado, sin embargo, en tanto esto sucede, es válido tomar de manera prudente las técnicas garantistas del derecho penal.⁴

3. *¿Qué hacen otros países?*

En otros países se imponen sanciones penales como se señala en el siguiente cuadro:

⁴ Tesis P./J. 99/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Novena Época, agosto de 2006, t. XXIV, p. 1565.

Cuadro 1

Austria (3)	Israel (3-5)
Brasil (2-5)	Italia (3)
Canadá (5-14)	Rusia (7)
República Checa (8)	Japón (3)
Estonia (3)	Corea (3)
España (licitaciones)	Polonia (3)
Francia (4)	Rumania (4)
Alemania (5 licitaciones)	Reino Unido (5)
Hungría (5)	Estados Unidos (10)
Irlanda (5)	

Hay que señalar que hasta 2009, Rusia y Estonia nunca habían aplicado sanciones penales. Irlanda, Corea y Japón habían suspendido las condenas impuestas; Canadá sólo tenía en trámite un caso; Brasil había impuesto diez sanciones a personas, pero los casos estaban en apelación. Reino Unido había sancionado a tres personas; Israel habría iniciado muchos casos pero sólo en siete casos los sancionados han cumplido la pena que no ha superado los nueve meses. Resulta entonces que para 2009, sólo Estados Unidos había aumentado el número de condenas y penas impuestas.⁵

III. SITUACIÓN ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN PENAL (ARTÍCULO 253, FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL)

Regresando a México, conviene analizar la situación actual. Pocos lo saben, pero en la actualidad las conductas denominadas prácticas monopólicas que contempla la LFCE ya son consideradas delitos federales. El artículo 253 del Código Penal Federal, en la parte conducente de la fracción I establece:

Artículo 253.- Son actos u omisiones que afectan gravemente al consumo nacional y se sancionarán con prisión de tres a diez años y con doscientos a mil días multa, los siguientes:

⁵ *Idem.*

I.- Los relacionados con artículos de consumo necesario o generalizado o con las materias primas necesarias para elaborarlos, así como con las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional, que consistan en:

a).- El acaparamiento, ocultación o injustificada negativa para su venta, con el objeto de obtener un alza en los precios o afectar el abasto a los consumidores.

b).- Todo acto o procedimiento que evite o dificulte, o se proponga evitar o dificultar la libre concurrencia en la producción o en el comercio.

c).- La limitación de la producción o el manejo que se haga de la misma, con el propósito de mantener las mercancías en injusto precio.

d).- Todo acuerdo o combinación, de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes o transportistas, para evitar la competencia entre sí y traiga como consecuencia que los consumidores o usuarios paguen precios exagerados.

e).- La suspensión de la producción, procesamiento, distribución, oferta o venta de mercancías o de la prestación de servicios, que efectúen los industriales, comerciantes, productores, empresarios o prestadores de servicios, con el objeto de obtener un alza en los precios o se afecte el abasto de los consumidores.

Si se depona la conducta ilícita dentro de los dos días hábiles siguientes al momento en que la autoridad administrativa competente lo requiera, la sanción aplicable será de seis meses a tres años de prisión, o de cien a quinientos días multa.

Al respecto en un estudio realizado en 2007⁶ se concluyó que la aplicación cotidiana de la justicia penal en la materia resultaba compleja, debido a la terminología contemplada, que da origen a los llamados tipos penales abiertos o en blanco, que atentan contra el principio constitucional de *nullum crimen sine lege*, toda vez que queda en manos del juzgador definir su contenido. Es también cierto que se aleja del principio de *lex certa*, atentando así contra la seguridad jurídica, pues se vuelve complicadísimo predecir con razonable certeza las conductas infractoras y las sanciones.

TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINIS-

⁶ Flores Bernés, Miguel y Cruz Torrero, Luis Carlos, "Derecho penal y competencia económica", *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, Inacipe, núm. 14, tercera época, noviembre-diciembre de 2007.

TRATIVAS. El principio de tipicidad, que junto con el de reserva de ley integran el núcleo duro del principio de legalidad en materia de sanciones, se manifiesta como una exigencia de predeterminación normativa clara y precisa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. En otras palabras, dicho principio se cumple cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción y de la sanción; supone en todo caso la presencia de una *lex certa* que permita predecir con suficiente grado de seguridad las conductas infractoras y las sanciones. En este orden de ideas, debe afirmarse que la descripción legislativa de las conductas ilícitas debe gozar de tal claridad y univocidad que el juzgador pueda conocer su alcance y significado al realizar el proceso mental de adecuación típica, sin necesidad de recurrir a complementaciones legales que superen la interpretación y que lo llevarían al terreno de la creación legal para suplir las imprecisiones de la norma. Ahora bien, toda vez que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado y dada la unidad de ésta, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador debe acudir al aducido principio de tipicidad, normalmente referido a la materia penal, haciéndolo extensivo a las infracciones y sanciones administrativas, de modo tal que si cierta disposición administrativa establece una sanción por alguna infracción, la conducta realizada por el afectado debe encuadrar exactamente en la hipótesis normativa previamente establecida, sin que sea lícito ampliar ésta por analogía o por mayoría de razón.⁷

Es muy claro que este artículo llega a hacer referencias a artículos de “consumo necesario o generalizado”, “materias primas para elaborarlos” y “materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional”, lo que no resulta bueno, pues precisamente deja al arbitrio del juez determinar esos conceptos tan ambiguos.

Analizando el inciso *a*, resulta que está lleno de ambigüedad pues hay tres conductas que deberán ser aclaradas por el juez y existe el elemento subjetivo de tener como propósito obtener el alza de precios que afecte a un sujeto pasivo: el consumidor. Asimismo, desde el punto de vista de la competencia económica una práctica absoluta puede encuadrar en el tipo penal si colectivamente se lleva a cabo el acaparamiento entre competidores, pero también podría encuadrar

⁷ Tesis: P./J. 100/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 1667.

una “negativa de trato” que resulta de una práctica monopólica relativa unilateral.

El inciso *b* también es amplísimo, pues incluye “todo acto o procedimiento” que evite o dificulte la libre concurrencia en la producción o el comercio, aquí encuadrarían cualquier práctica monopólica absoluta (acuerdos entre competidores) o relativa (conducta unilateral de abuso de dominio).

Por otro lado, el inciso *c* no define un *modus operandi* para la limitación o manipulación de la producción, lo que hace esta descripción de conducta totalmente abierta. De la misma forma, la referencia un “injusto precio” es imposible de definir de forma subjetiva ¿cuándo es injusto un precio? En este inciso se observa que la reducción del abasto puede ser colectiva y estamos frente a un acuerdo colusivo (práctica monopólica absoluta), pero también la “obligación de no fabricar” puede ser una práctica unilateral que constituya una práctica monopólica relativa (artículo 10 de la LFCE).

En la redacción de conducta del inciso *d* encontramos algo más parecido a un acuerdo colusivo y podría coincidir mejor con las denominadas prácticas monopólicas absolutas; pero la referencia a “pagos exagerados” resulta inadecuada pues lo exagerado es lo que sale de la regla, pero no existen reglas tan precisas para definir los precios, la única posible regla es que se determinen en un mercado en competencia, pero eso resulta —en mi opinión— demasiado teórico para ser parte de un tipo penal.

Por último, el inciso *e* no distingue respecto a si la suspensión de la producción, procesamiento, distribución, oferta o venta de mercancías o prestación de servicios, es colectiva o individual respecto de los industriales, comerciantes, productores, empresarios o prestadores de servicios, por lo que nuevamente podríamos estar ante una práctica monopólica absoluta (artículo 9o., fracción II); la suspensión podría también ser una conducta unilateral temporal con el objeto de obtener un alza en los precios o afectar el abasto de los consumidores, por ejemplo si el productor solicita al distribuidor que no distribuya sus productos o los oferte en determinado periodo (artículo 10, fracción I).

Como se puede observar de este breve análisis los tipos penales pueden incluir conductas colusivas y conductas unilaterales. Respecto de

éstas últimas ni siquiera contemplan la posibilidad de un análisis que tomara en cuenta los potenciales efectos positivos que se pudieran derivar de las conductas. Así el tipo penal actual resulta hasta peligroso en su aplicación. Por otro lado, también es evidente que se trata de tipos abiertos que dejan amplio margen de discrecionalidad al juez, lo que puede afectar su constitucionalidad como se señaló antes.

IV. SOLUCIÓN OFRECIDA POR LA MINUTA APROBADA POR DIPUTADOS PARA SANCIONAR PENALMENTE PMA'S

1. Retos en el diseño del tipo penal y el procedimiento.

El primer reto es diseñar un tipo penal que defina claramente la conducta que se quiere sancionar; parece ser que basarse en las conductas descritas en el artículo 9o. de la LFCE resulta ser lo más adecuado, pues en ese artículo se describen las conductas que más lastiman a la competencia y la libre concurrencia.

Ahora bien, estas conductas requieren la prueba de que los competidores llegaron a un acuerdo para manipular los precios, segmentar mercados, reducir el abasto o determinar posturas en una licitación pública. Todas estas conductas se harán en secreto y se hará necesario recurrir a pruebas circunstanciales o indirectas pues no se puede esperar que los cartelistas dejen sus acuerdos por escrito o celebren sus acuerdos ante notario público (aunque haya casos en los que ha ocurrido).

Asimismo, un reto importante es lograr una coordinación adecuada entre las autoridades administrativas, la CFC y el Ministerio Público Federal para perseguir estas conductas. Lo que se busca es disuadir las conductas con la amenaza de la sanción penal, que debería ser el último recurso y la CFC puede apoyar interviniendo como un filtro. Por eso el que se persigan de oficio estas conductas no parece ser la mejor opción, si la CFC puede ser la causa del inicio al presentar una querrela esto podría contribuir al propósito de dejar la sanción penal al final.

Se argumenta también que el Ministerio Público Federal no tiene experiencia en el manejo de delitos económicos, me parece que sí la tiene persiguiendo delitos fiscales y puede manejar sin dificultad un caso muy parecido al fraude a consumidores

2. *La propuesta de la Cámara de Diputados*

El 28 de abril de 2010, la Cámara de Diputados aprobó reformas al Código Penal Federal para adicionarle el artículo 254 bis. Adelante se comenta el texto propuesto.

Artículo 254 bis. Se sancionará con prisión de tres a diez años y con mil a tres mil días multa, a quien celebre, ordene o ejecute contratos, convenios o arreglos entre agentes económicos competidores, cuyo objeto sea cualquiera de los siguientes:

Es una redacción cercana al artículo 9o. de la LFCE, acotado a la responsabilidad de la persona física, lo que es correcto. No obstante podría haber sido mejor referir “al que participe en la celebración u ordene la ejecución” de contratos, convenios o arreglos entre “productores, comerciantes, industriales o prestadores de servicios que sean competidores entre sí”. Respecto a la penalidad puede señalarse que si bien es alta parece estar dentro de los umbrales internacionales (véase cuadro 1).

I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;

II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables, o

IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

Se incluyen las cuatro fracciones del artículo 9o. de la LFCE que contienen la descripción de las PMA's. No se contempla el intercambio de información para la fracción I, tal como lo hace el artículo 9o. de la LFCE, lo que parece adecuado tratándose de un delito y no una falta administrativa.

El delito previsto en este artículo se perseguirá por querrela de la Comisión Federal de Competencia, la cual sólo podrá formularse cuando la Co-

misión Federal de Competencia haya resuelto previamente en el ámbito de su competencia sobre los hechos materia de la querrela.

Siguiendo el ejemplo de un conjunto de delitos fiscales se estima que la autoridad administrativa debería hacer una declaración de la existencia de prácticas monopólicas absolutas para la procedencia de la vía penal, así como la presentación formal de la querrela correspondiente.

No existirá responsabilidad penal para los agentes económicos que se acojan al beneficio a que se refiere el artículo 33 bis 3 de la Ley Federal de Competencia Económica, previa resolución de la Comisión que determine que cumple con los términos establecidos en dicha disposición y las demás aplicables.

En este párrafo se trata de dar cabida y fuerza al procedimiento previsto en el artículo 33 bis 3 de la LFCE (conocido como “beneficio de reducción de sanciones”, “inmunidad administrativa” o *leniency*). Hay que señalar que hubiera sido mejor referir a personas físicas y no a “agentes económicos”

Los procesos seguidos por este delito se sobreseerán a petición del Pleno de la Comisión, cuando los procesados cumplan las sanciones administrativas impuestas y, además se cumplan los requisitos previstos en los criterios técnicos emitidos por la Comisión. La petición anterior se hará discrecionalmente antes de que el Ministerio Público de la Federación formule conclusiones y surtirá efectos respecto de las personas a que la misma se refiera.

Este aspecto será difícil de aplicar por la mezcla de aspectos administrativos y penales. Asimismo, se ha criticado la excesiva discrecionalidad de la CFC para solicitar el sobreseimiento; el penalista Moisés Castro⁸ señaló que mejor sería que fuera obligatorio el sobreseimiento si se paga la sanción administrativa.

⁸ Ponencia de Moisés Castro en el Foro: Reformas a la Ley Federal de Competencia Económica, organizado por ANADE-CIDAC-Barra, México D. F., 7 de septiembre de 2010,

La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad a que se refiere el primer párrafo de este artículo.

El término prescriptivo tendría que ser igual al previsto en la LFCE, que faculta a la CFC para investigar sólo cinco años hacia atrás. La media aritmética (6.5 años) supera en 1.5 años a lo previsto en la LFCE. Una conducta que no es perseguible en sede administrativa, parecería perseguible penalmente, pero esto es engañoso, debido a que sería necesaria la existencia de una resolución emitida por la CFC que declare una responsabilidad administrativa. Esto último previo a la prosecución criminal.

Se estima entonces que esta propuesta ciertamente es un avance en la dirección correcta y que si bien podría ser mejorada y perfeccionada es menester recordar que “lo mejor es lo enemigo de lo bueno” y que seguir debatiendo redacciones *ad infinitum* no permitirá perseguir estas nefastas conductas de conformidad con las mejores prácticas internacionales.

3. *La sanción penal y la persecución de carteles internacionales (extradición)*

Como hemos analizado antes sí hay una tendencia internacional favorable a la sanción penal para castigar conductas colusivas o carteles. Es de señalarse que los acuerdos entre competidores se dan también de forma transfronteriza, el famoso “Cartel de la Lisina” y el de las vitaminas operaban en casi todo el mundo.

Las personas que cometen un delito podrían buscar esconderse en jurisdicciones en las que no puedan ser extraditadas. Recientemente en el caso Ian Norris, los Estados Unidos buscaron extraditar a un ciudadano británico por la comisión de un delito relacionado con prácticas monopólicas, pero no podían extraditarlo en razón de que la conducta se llevó a cabo aparentemente cuando todavía Reino Unido no sancionaba como delito esas conductas.

¿Qué pasaría si un cartelista se escondiera en México? ¿podría ser extraditado? En principio el Tratado de Extradición que nuestro país

tiene firmado con los Estados Unidos (1978-2001) se refiere a “Delitos en materia de monopolios y de competencia desleal”. No obstante como hemos señalado con anterioridad, la descripción del tipo penal es totalmente deficiente y sería difícil en México obtener una sentencia condenatoria en contra de alguien que cometiera prácticas monopólicas absolutas acusándole de haber cometido también el delito descrito en el artículo 253, fracción I, del Código Penal federal.

En consecuencia se estima que sería muy difícil, si no que imposible, que una extradición a los Estados Unidos se pudiera dar pues las discusiones en los tribunales para acreditar que se trata de la misma conducta serían probablemente interminables. Entonces parece que primero habría que mejorar el Código Penal Federal.

V. ¿CUÁLES DEBERÍAN SER LAS PRIORIDADES DE APROBARSE LA REFORMA?

En mi opinión, de aprobarse lo que propone la Cámara de Diputados en México contaríamos con un instrumento mucho más sólido para combatir PMA's. Estimo que los funcionarios de empresas tomarán más en serio la prohibición de la conducta colusiva. También las cámaras y asociaciones de profesionistas pensarían dos veces antes de proponer acuerdos respecto de los cuales no tuvieran certeza que son totalmente acordes con la LFCE.

Parece que la prudencia indica que de aprobarse la reforma se deberá ser cuidadoso en elegir los primeros casos para que sean exitosos y no sean letra muerta. Un mal caso podría condenar al olvido el tipo penal, como ha sucedido con el actual artículo 253, fracción I. Ahora bien, un buen caso solidificaría la estrategia del Estado mexicano por combatir las prácticas monopólicas absolutas y de sancionar severamente y con eficacia las mismas, tal y como lo mandata el artículo 28 constitucional.