

Sanciones bajo la Ley Federal de Competencia Económica: un comentario de análisis económico del derecho

Francisco GONZÁLEZ DE COSSIO*

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

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.

* González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx); profesor en la Universidad Iberoamericana. Este ensayo refleja mi opinión personal exclusivamente, no la de cualquiera de mis clientes.

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.

II. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PENAL

1. *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:

$$M > B \cdot P$$

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. 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*. Es decir, $M > BP$. 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 a cabo la conducta. Si no es atractivo, no la llevará a cabo. 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

² Sobre ello, se recomienda la obra de Andrés Roemer, *Economía del crimen*, México, Noriega Editores, 2008.

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 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.

2. Las sanciones de la LFCE bajo el modelo

En el caso de la competencia económica en México, este modelo es relevante pues actualmente *B* es muy superior a *M*, y *P* es muy bajo. Como resultado, las consecuencias negativas apuntadas fluyen. Las

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”, *Análisis y propuesta de mejora al marco jurídico mexicano*, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Themis, 2010, p. 559; también visible en www.gdca.com.mx/publicaciones.

⁴ Su precio está por debajo de su “valor de mercado”.

sanciones actuales no disuaden. Y probablemente incentivan la conducta deplorable que se desea erradicar (las prácticas monopólicas). A continuación justifico la aseveración.

A. 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 OCDE 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?

⁵ No es el momento para agotar la aseveración. Para ello, véase González de Cossío, *Competencia económica: aspectos jurídicos y económicos*, México, Porrúa, 2005, p. 32 y ss.

⁶ OECD Reports, *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, 2002, p. 71.

b. Multa

Me es bajo puesto que las sanciones que actualmente contempla la LFCE, aunque aisladamente importantes, son *relativamente* pequeñas. ¿Por qué *relativamente* pequeñas? porque, comparadas con los (enormes) beneficios, palidecen. Me explico.

Actualmente, las sanciones por la violación a la LFCE son⁷ por cometer prácticas monopólicas absolutas US\$6 754 702.19;⁸ por incurrir en prácticas 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 de agosto 2010) se emitió una multa por US\$220 millones (*United States of America v. Chi Mei Optoelectronics Corporation*), otras tantas por 300 millones de dólares,¹³ y ha llegado hasta US\$500 millones (*United States of America v. F. Hoffmann-La Roche LTD*, 20 de mayo de 1999).

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).

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 10% de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior, o hasta por el 10% 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*, (1o. de agosto de 2007), *United States of America v. Samsung Electronics Company Lt. and Samsung Semiconductor Inc.* (30 de noviembre de 2005), y *United States of America v. British Airways PLC* (23 de agosto de 2007).

En Europa las sanciones por incurrir en (el equivalente a las) prácticas monopólicas son de 1000 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* 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

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 coactivamente¹⁶ (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 de nuestros derechos.

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.

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.

Ello afecta directamente el patrimonio de todo aquél al que le aplique derecho mexicano.¹⁸

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*, 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.¹⁹

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

¹⁸ Para entender porqué, véase “D = O x E”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 34, 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*, México, Porrúa, 2007.

¹⁹ 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.