



Competition Policy International
Presents

Mexico Competition Day
April 4, 2011



Criterios técnicos para la imposición
de multas en materia de competencia
económica
(Draft Guidelines on Fine Setting)

Luis Alberto Ibarra Pardo
Comisión Federal de Competencia (Mexico)

Criterios técnicos para la imposición de multas en materia de competencia económica

Luis Alberto Ibarra Pardo¹

El tema de esta plática es presentar una propuesta de Criterios Técnicos para la Imposición de Multas para México. Para ello, primero quisiera hacer referencia a la motivación para elaborar esta propuesta y mencionar brevemente la práctica internacional. Posteriormente, haré la presentación de la propuesta, haciendo referencia a sus disposiciones generales, la metodología propiamente y ciertas consideraciones específicas.

Como sabemos, el principal problema en México en esta materia ha sido el reducido monto de las sanciones que prevé la legislación y el hecho de que, muchas veces, desafortunadamente, las sanciones impuestas no pasan la prueba del Poder Judicial, de modo que, al final, se tienen que revertir.

Estos son los principales problemas que se deben atacar si queremos mejorar la aplicación de la política de competencia en México. No obstante, además de ello, desde mi punto de vista, también es importante contar con una metodología para la imposición de multas, con el fin de reducir discusiones innecesarias sobre temas superados, hasta cierto punto, en la práctica internacional y podernos enfocar así al análisis de los temas más relevantes para efectos de establecer estas sanciones.

Para ello, se requiere que la metodología reúna ciertas características deseables: en primer lugar, que sea una metodología congruente y replicable cada vez que es utilizada por el Pleno de la Comisión; en segundo lugar, que sea una metodología transparente, para que se conozcan públicamente y de antemano cuáles son los elementos que la Comisión debe tomar en cuenta para su aplicación; además, que sea una metodología lo más sencilla posible desde el punto de vista cuantitativo; y, finalmente, que la metodología incorpore elementos disuasivos, ya que, como es imposible que la Comisión pueda corregir absolutamente todas las prácticas monopólicas, es necesario establecer incentivos para disuadir a los agentes económicos a que las cometan, esto es, prevenir la realización de este tipo de prácticas.

Si observamos un comparativo internacional (siguiente gráfica), el que presenta una publicación que muchos de ustedes conocen, la Global Competition Review, podemos apreciar que en México se hacen relativamente pocas investigaciones. Hay que tomar este indicador con un grano de sal, porque no toda la información que aquí se presenta es precisa (al menos no para México) y tampoco es perfectamente comparable. Por ejemplo, hay países, como Rusia, que supuestamente inician cada año alrededor de 10,000 investigaciones de abuso de dominancia, lo cual es absolutamente increíble. Pero el punto que quiero mostrar es que, en términos generales, independientemente de la precisión de los números, México es uno de los países en los que se hacen relativamente pocas investigaciones.

¹Luis Alberto Ibarra Pardo, Comisionado, Comisión Federal de Competencia (México).

Por otro lado, si vemos (siguiente gráfica) el número de investigaciones que se han iniciado de acuerdo con la información del Informe Anual 2009 de la Comisión (no contaba todavía con la información del Informe 2010 que hoy se presentó) y el número de ellas que al final resultaron en sanción, incluyendo tanto las investigaciones iniciadas de oficio por la propia Comisión como las iniciadas por denuncia, la conclusión es la misma: la tendencia en los últimos años es que el número de investigaciones que se inician anualmente se ha ido reduciendo, lo mismo que el número de investigaciones que concluyen en sanción.

En cuanto a las multas, es cierto que en los últimos años éstas han sido más grandes que en periodos anteriores. Esto se aprecia en la siguiente gráfica donde aparecen las multas que, en mi opinión, son las más representativas que ha impuesto la Comisión en años recientes, incluyendo las que se aplicaron en los sectores de transporte de carga, comercialización de televisión restringida, licitación de medicamentos del sector salud, transporte ferroviario y venta de bebidas carbonatadas. El problema, como mencioné, es que muchas de ellas no han podido traspasar la prueba final del Poder Judicial y al final se revierten y nunca se pagan.

¿Cuál es la práctica internacional por lo que se refiere a la metodología para la imposición de sanciones? En el caso de la Unión Europea existe una directiva, una metodología hasta cierto punto similar a la que sería deseable aplicar para el caso mexicano, que es establecer una multa base para todas las prácticas monopólicas (que en México equivalen tanto a las absolutas como a las relativas). Esta multa base puede ser hasta el 30% del volumen del comercio afectado en un año. En los casos de colusión se aplica un porcentaje adicional, que va del 15 al 25%. Luego esa multa base se ajusta de acuerdo con los diferentes agravantes y atenuantes del caso. Al final, la multa que se obtenga no puede sobrepasar el monto de la multa máxima, que es el 10% de las ventas mundiales de todas las líneas de negocio, no solamente del mercado que fue afectado, sino de todas las líneas de negocio que tiene esa empresa o agente económico.

En el caso de Estados Unidos, para la determinación de sanciones en casos de prácticas absolutas o colusión (recordemos que, en este país, en los casos de prácticas relativas es raro que se imponga una multa; más bien se ordena la suspensión de la práctica y hay reclamos por daños y perjuicios), se establece un sobreprecio (que desde hace tiempo se ubicó en 10%), que luego se multiplica por 2 como factor disuasivo (algo similar a lo que se pretende hacer aquí en el caso mexicano con la propuesta que hoy se presenta). Este porcentaje se ajusta después por una serie de atenuantes y agravantes (de tal manera que se puede multiplicar por factores de entre 0.75 y 4). Así, el resultado que se obtiene puede corresponder a una multa final de entre el 15 y el 80% del volumen del comercio afectado. Existe también un límite máximo, que es el monto mayor que resulte de comparar 100 millones de dólares, el doble de la ganancia obtenida o el doble del daño causado.

Recientemente, algunos investigadores (Connor y Lande) han hecho una recopilación de los casos de colusión a nivel internacional en diferentes países y en diferentes períodos de tiempo. Este es probablemente el análisis más completo que incorpora información sobre cárteles (tanto internacionales como locales), desde 1780. Como pueden ver (siguiente diapositiva), la mediana del sobreprecio calculado, es decir, la diferencia observada entre el precio que resultó de la práctica monopólica y el precio de competencia, es de 25%. Si lo vemos por regiones (siguiente diapositiva), en el caso de América del Norte, la mediana del sobreprecio fue de 21%, en Europa Occidental de 43% y en Asia de 29%.

Un punto muy importante de ese estudio es que en el 60% de los casos de colusión estudiados a lo largo de todo el período, que incluye varios siglos, el sobreprecio se ubicó por

encima del 20%. Para mí, este porcentaje (20%) de sobreprecio que ha resultado en los casos de colusión en el mundo durante un período tan extenso de tiempo, puede ser utilizado como un parámetro de referencia en la construcción de una metodología para la determinación de sanciones.

Si vemos ahora la propuesta de criterios técnicos que se propone para el caso mexicano, el objetivo es presentar una metodología que facilite la determinación de los diferentes elementos que están previstos en el Artículo 36 de la Ley Federal de Competencia Económica, y que ahí simplemente están listados, sin decir cómo se deben tomar en cuenta, cómo se deben ponderar o cuál debe ser el método de aplicación de cada uno de ellos. En este listado aparecen los siguientes factores: la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en los mercados, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica o concentración prohibida, la reincidencia o antecedentes por parte del infractor y, finalmente, la capacidad económica.

Como les decía al principio, el objetivo de la propuesta es incorporar también una serie de características que considero deseables: la transparencia, la sencillez y la disuasión, así como que sea una metodología general, pero suficientemente flexible, para tomar en cuenta casos especiales y la gran diversidad de mercados que se pueden considerar. Además, hay que considerar que el mercado relevante que se determinó, por ejemplo, hace 10 años es muy diferente al mercado relevante hoy en día. Por ello, los criterios no pueden estar “escritos en piedra”, sino que deben ser flexibles para tomar en cuenta diversas circunstancias. Lo que también es importante es que cuando se tenga que hacer uso de un criterio diferente, se explique y se justifique por qué.

La metodología consiste básicamente en 3 pasos. El primer paso es obtener una multa base que sea proporcional al daño causado y a la gravedad de la infracción, que son dos de los elementos más importantes, desde mi punto de vista, a tomar en cuenta en la imposición de sanciones. El segundo paso es, una vez que se tenga la multa base, ajustarla por reincidencia y por capacidad económica, porque podemos poner una multa muy grande que va a ser totalmente impagable y fuera de la realidad si rebasa esa capacidad económica. Y, finalmente como tercer paso, hay que comparar el resultado anterior con el tope máximo que está previsto en la Ley, para determinar la multa final. Como ustedes saben, actualmente en la ley mexicana este tope es muy pequeño en comparación con el estándar internacional, lo que limita enormemente la aplicabilidad tanto de esta como de cualquier otra metodología.

Para el cálculo de la multa base, es necesario considerar las ventas afectadas. Esas ventas afectadas dependen de cuál es el tamaño del mercado (ventas anuales), la participación del agente económico en ese mercado y la duración de la práctica. De acuerdo con la metodología propuesta, las ventas afectadas se multiplicarían por dos porcentajes: uno que representa el daño causado y otro que representa la gravedad. Ambos porcentajes estarían acotados dentro de cierto rango. Paso ahora a explicar cada uno de estos puntos.

En el caso de prácticas monopólicas relativas, el mercado afectado corresponde al mercado relevante, siempre que dichas prácticas hayan tenido impacto sobre la totalidad del mercado o, en su caso, al segmento afectado del mercado relevante. También podrían considerarse otros mercados relacionados que hayan sido afectados por la práctica indebida. No obstante, habría que definir cuáles podrían ser esos mercados relacionados; eso es algo que no está incorporado en esta propuesta, pero que se tendría que determinar. En el caso de las prácticas monopólicas absolutas, la determinación del mercado es más simple, ya que bajo la ley

mexicana no se tiene que hacer el análisis de mercado relevante que sí se requiere para el caso de prácticas monopólicas relativas.

En algunos casos, la metodología propuesta establece cierto orden de prelación, de modo que se considere primero la mejor alternativa (inciso a) y si no se cuenta con información sobre esta mejor alternativa, entonces hay que optar por la segunda mejor opción (inciso b) y si no hay información sobre ésta entonces optar por la tercera mejor opción (inciso c) y así sucesivamente. Por ejemplo, para determinar las ventas afectadas, la primera opción sería utilizar las ventas efectivamente realizadas durante el tiempo en que se llevó a cabo la práctica. Si no se cuenta con esa información, la segunda mejor opción sería utilizar las ventas del último año calendario. Si tampoco se cuenta con esa información, la tercera mejor opción sería utilizar las ventas del último año disponible y, si no hay información sobre ventas, pues entonces, como última opción, habría que estimarlas (tal vez mediante un ejercicio de extrapolación).

Lo mismo ocurre con la participación del infractor en el mercado: la mejor opción sería utilizar la participación que el agente económico tuvo realmente durante el tiempo en el que estuvo vigente la práctica o concentración prohibida; la segunda mejor opción sería utilizar la participación de mercado observada durante el último año calendario; la tercera mejor opción sería la participación de mercado durante el último año para el que se cuenta con información (tal vez el año previo al último año calendario); finalmente, la cuarta opción sería hacer la mejor estimación posible.

La duración sería simplemente el número de años, o proporcionalmente de meses, en que haya estado vigente la práctica monopólica o concentración prohibida. Esta duración normalmente está claramente delimitada en todas las investigaciones que realiza la Comisión.

Una vez que se tienen las ventas afectadas (que son el producto de multiplicar el tamaño del mercado, la participación del infractor y la duración), habría que determinar los factores de ajuste por daño causado y por gravedad.

Para determinar el factor proporcional al daño, lo que se está manejando en la propuesta es que se estime, de ser posible, el sobreprecio derivado de la práctica monopólica. Lo ideal sería estimarlo específicamente para cada caso. Desafortunadamente, muchas veces no se cuenta con la información adecuada, ya que lo que se requiere es tener información sobre la diferencia entre el precio observado y el precio de competencia, y el problema es que muchas veces no sabemos cuál es el precio de competencia. Este precio de competencia se podría estimar mediante modelos econométricos, pero ello puede resultar complicado y ser cuestionable. No obstante, hay veces que el sobreprecio sí se puede cuantificar: por ejemplo, en el caso de las licitaciones de medicamentos que realiza el Instituto Mexicano del Seguro Social en donde la Comisión sancionó a varios proveedores por colusión, ahí sí fue posible obtener el porcentaje de sobreprecio porque se tuvo información de las posturas económicas durante el tiempo en que los proveedores se coludieron y después de que la colusión desapareció.

Dada la dificultad para determinar el sobreprecio, lo que se propone es establecer, con base en los estudios sobre casos de colusión en el mundo a que me referí al principio de la charla, un sobreprecio base de 20% para el caso de las prácticas monopólicas absolutas. Para el caso de prácticas monopólicas relativas y concentraciones prohibidas, la idea sería partir de un sobreprecio de solamente 10%. Esta diferencia es por lo siguiente.

Muchas veces se maneja que las prácticas absolutas son más graves que las relativas. En mi opinión, lo que en el fondo refleja esta diferencia en gravedad es más bien una diferencia en el

daño que unas y otras prácticas causan sobre los consumidores, es decir, las prácticas absolutas son más graves que las relativas porque dañan más a los consumidores. Ello es así porque, en ocasiones, las prácticas relativas (por ejemplo, las exclusividades) incorporan algunos elementos relacionados con ganancias en eficiencia (por ejemplo, reducción de cierto tipo de externalidades), que a veces no son suficientes para determinar que la práctica no debe ser sancionada (porque el efecto anticompetitivo es mayor que las posibles ganancias en eficiencia), pero otras veces sí (de modo que la práctica no se debería sancionar). De hecho, en algunas jurisdicciones, como en Estados Unidos, es raro que la realización de lo que en México llamamos prácticas monopólicas relativas se sancionen con la imposición de una multa (normalmente sólo se ordena la suspensión de la práctica) a diferencia de los casos de prácticas absolutas (colusión) que se sancionan mucho más severamente. No obstante, también hay que tomar en cuenta que, en el caso de Estados Unidos, puede haber reclamos por daños y perjuicios, lo que a veces acaba siendo el principal impacto monetario para la empresa responsable (más que la multa que haya establecido la autoridad).

La propuesta entonces para el caso de prácticas monopólicas relativas y concentraciones prohibidas es que el sobreprecio sea la mitad del parámetro de 20% que aplicaría para el caso de las prácticas absolutas, es decir, 10%.

Una vez determinado el sobreprecio (ya sea el porcentaje específico para un caso particular, o los porcentajes de referencia de 20 ó 10%), la idea es incorporar un elemento disuasivo, por lo que dicho sobreprecio se multiplicaría por 2. Además, hay que tomar en cuenta que la probabilidad de castigar (es decir, sancionar) a un agente económico que cometió un delito en contra de la competencia nunca va a ser del 100% (en México o en cualquier otro país), por lo que también tiene sentido que la sanción (en los casos de prácticas que sí son descubiertas) sea mayor que la pura compensación del daño causado.

En cuanto al factor proporcional a la gravedad, la propuesta es que este factor se ubique dentro de un rango con una cota mínima de 0.5 y una cota máxima de 2. El máximo de 2 permitiría sancionar con severidad los casos más graves. Por ejemplo, un sobreprecio de 20% en el caso de prácticas absolutas multiplicado por 2 (para incorporar el elemento disuasivo) daría un porcentaje de 40%, que multiplicado nuevamente por 2 (que es la cota máxima del factor proporcional a la gravedad) resultaría en una multa equivalente al 80% de las ventas afectadas. Este 80% es similar al porcentaje que se podría llegar a aplicar en Estados Unidos como cota máxima en los casos más graves de colusión. En este sentido, la propuesta de incorporar este límite máximo de 2 para el factor proporcional a la gravedad lo único que está haciendo es reflejar un parámetro internacional.

Por su parte, la razón del 0.5 como límite inferior del factor proporcional a la gravedad es que la sanción compense al menos (en el caso de menor gravedad) el daño causado (por ejemplo, un sobreprecio específico o de 20 ó 10%, según se trate de una práctica absoluta o relativa, multiplicado por un factor disuasivo de 2 y por un factor proporcional a la gravedad de 0.5 resulta en una sanción equivalente únicamente al sobreprecio específico o de 20 ó 10%, según el caso).

El factor específico a utilizar como factor proporcional a la gravedad se ubicaría dentro de este rango (de entre 0.5 y 2) en función de los atenuantes y agravantes del caso. Aquí lo que se propone es considerar una lista de atenuantes y agravantes relativamente similar a los que se utilizan en otras jurisdicciones, por ejemplo, en Europa, donde la directiva para la determinación

de sanciones que utiliza la Comisión Europea contiene una lista bastante completa de este tipo de agravantes y atenuantes.

Entre los atenuantes que se incorporan en la propuesta se encuentran los siguientes: la cooperación con la autoridad; la terminación antes o al inicio de la investigación de la práctica indebida; el hecho de que no haya habido un intento de ocultamiento; la existencia de actos de gobierno que de alguna forma indujeron a las empresas a incurrir en una práctica monopólica absoluta (por ejemplo, una concertación de precios); las ganancias en eficiencia en el caso de las prácticas monopólicas relativas, aun cuando no hayan sido suficientes para no sancionar la práctica, pero que sí pueden ser un elemento para atenuar la gravedad de la conducta; la compensación voluntaria a los afectados, es decir, que la empresa o empresas responsables se dieron cuenta del error y que de alguna forma compensaron a los consumidores; la participación únicamente de funcionarios de bajo nivel dentro de la organización; y el hecho de no hubo una intención dolosa (aquí se incorporaría el elemento de intencionalidad del infractor que establece la Ley).

En el caso de los agravantes, la lista es la opuesta: si hubo obstrucción y falta de cooperación por parte del agente económico; si se aplicaron represalias en contra de otros asociados, por ejemplo, si en el caso de una práctica monopólica absoluta, algunos participantes llevaron a cabo acciones para evitar que otros dieran información al respecto; si hubo ocultamiento; si hubo engaño a los consumidores; si más que un acto de gobierno fue una presión o un cabildeo que esas empresas llevaron a cabo para inducir al gobierno a llevar a cabo una práctica absoluta; si se trató de bienes necesarios o de consumo popular; si se actuó como líder o instigador principal de esa conducta; si hubo una participación de ejecutivos de alto nivel; y si hubo intención dolosa.

Una vez que se cuente con la multa base, habría que determinar si hay reincidencia. Si la hay, la Ley de Competencia prevé que la multa máxima puede ser de hasta el doble de la multa normal que hubiera resultado del procedimiento estándar, o hasta el 10% de las ventas anuales totales (no solamente del mercado afectado, sino de todos los mercados en los cuales participa el infractor) o hasta el 10% del valor de los activos. Conforme a lo que dice la Ley, se utilizaría cualquiera de las tres opciones que resulte ser la mayor.

En cuanto a la capacidad económica, lo que debería hacerse es ajustar la multa base (o, en su caso, la ajustada por reincidencia) por la capacidad económica. Para ello, hay que comparar la multa que resulte de la metodología que se propone y el 10% de la capacidad económica. La capacidad económica podría medirse preferentemente con base en los ingresos del último ejercicio fiscal disponible o con base en el valor de los activos (si no se cuenta con información de los ingresos). Si no se cuenta con información ni de los ingresos ni de los activos, lo que a veces ha ocurrido en casos revisados por la Comisión, entonces habría que hacer la mejor estimación posible. Por ejemplo, en ocasiones sucede que los ingresos del último ejercicio fiscal fueron muy pequeños, pero el patrimonio (o valor de los activos) son muy grandes. Tal vez, lo que podría proceder aquí es obtener un promedio ponderado.

Una vez que se obtenga la multa ajustada por capacidad económica, el paso final es compararla con la multa máxima que establece la Ley. Con la legislación vigente actualmente en México, es conocido que las multas máximas son relativamente pequeñas. Por ello, muchas veces la multa final será la multa máxima, de modo que todos los cálculos anteriores no servirán de mucho. Sin embargo, la metodología propuesta será más útil en la medida en que las multas máximas sean más elevadas, que es lo que se pretende hacer con la reforma legal que el año

pasado el Presidente de la República propuso al Congreso. Ojalá que en algún momento esta reforma se concrete.

En la propuesta se presenta también una sección sobre consideraciones adicionales. Por ejemplo, en el caso de individuos que actuaron en representación de la persona moral que incurrió en la práctica, la idea es que las ventas afectadas sean las de la persona moral y los ingresos sean los del individuo. De hecho, este es el criterio que ha venido aplicando la Comisión. Otra consideración es que, para el caso de coadyuvancia, la multa que se establezca no sobrepase el promedio de las que se apliquen a los infractores directos. En el caso de conductas anticompetitivas donde los agentes económicos actúan como adquirientes de bienes y servicios (con poder monopsonico por ejemplo), en lugar de las “ventas afectadas” habría que utilizar las “compras afectadas”.

En esta sección incorporé también un comentario que hiciera alguno de mis colegas Comisionados para establecer un ajuste por inflación para tener las cantidades en términos reales. Como economista coincido totalmente con esta observación, si bien tiene el problema de agregar un poco de complejidad a los cálculos. Finalmente, se señala que la interpretación de los criterios corresponde al Pleno.

La siguiente pregunta tiene que ver con un tema sobre el cual ha habido mucha discusión por parte de algunos de mis colegas Comisionados. Esta pregunta es cuál es el carácter jurídico que debe tener la metodología, es decir, si debe considerarse como criterios técnicos (como es mi intención), que incluso tienen que ser publicados en el Diario Oficial de la Federación, o si debe ser simplemente una guía informal que se pueda modificar fácilmente sobre la marcha.

En mi opinión, estas alternativas no son necesariamente incompatibles. Por una parte, es bueno que haya previsibilidad en cuanto a los criterios, de modo que sean conocidos con anticipación por parte de los agentes económicos a los que se les puede imponer la multa. Para ello, es útil la publicación en el Diario Oficial (o, al menos, en la página de Internet de la Comisión). Pero también es importante que los criterios sean flexibles, y no completamente permanentes o inamovibles, sino que se puedan revisar conforme haya más casos y se genere un mayor cúmulo de experiencia.

Otro punto importante es establecer un período de consulta con los practicantes. A reserva de que esta consulta se haga de manera más formal a través de la Dirección General de Enlace de la Comisión, pongo a su disposición mi correo electrónico para recibir cualquier comentario que cualquiera de ustedes tenga sobre esta propuesta. Sólo les pediría tratar de enviar estos comentarios a más tardar en el mes de mayo, para intentar tener una propuesta revisada hacia finales de ese mes.

Por sus comentarios y atención, muchísimas gracias. Estoy a su disposición para contestar cualquier pregunta sobre la metodología que quisieran formular en estos momentos.