

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2013)4

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

22-Aug-2013

Spanish - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

DAF/COMP/LACF(2013)4
Unclassified

LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

Sesión I: Criterios para la imposición de multas por infracciones a la ley de competencia

Documento de base preparado por el Secretariado de la OCDE

3 y 4 de septiembre de 2013, Lima, Perú

Se hace circular el documento de base adjunto elaborado por la Secretaría de la OCDE PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano de Competencia que se llevará a cabo los días 3 y 4 de septiembre de 2013 en el Perú.

Contacto: Sean ENNIS, Economista Sénior
Tel: +33 (0) 1 45 24 89 78; Correo electrónico: Sean.ENNIS@oecd.org

JT03343686

Complete document available on OLIS in its original format

This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

Spanish - Or. English



FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

-- 3 y 4 de septiembre de 2013, Lima (Perú) --

Sesión I: Criterios para la imposición de multas por infracciones a la ley de competencia

Documento de Base preparado por el Secretariado de la OCDE *

*

Este documento fue escrito por Sean Ennis y Sunmi Lee, División de Competencia de la OCDE. Aunque los autores han procurado confirmar que la información citada esté actualizada, alguna información puede estar desactualizada.

TABLE OF CONTENTS

1.	Introducción.....	5
2.	Naturaleza de la infracción y tipos de infractores sujetos a una multa	9
2.1	Imposición de multas por abuso de dominancia y conducta de cártel	10
2.2	Imposición de multas a las empresas y a las personas.....	13
3.	Objetivos de las multas	15
4.	Cómo establecer la multa base	17
4.1	Calculo del volumen de ventas pertinente	18
4.2	Determinación del porcentaje del volumen de ventas.....	19
4.3	La duración de la infracción;	22
5.	Circunstancias atenuantes y agravantes.....	23
5.1	Reincidencia.....	24
5.2	Efecto real de la infracción	25
5.3	Distinción entre intención y negligencia.....	26
5.4	Papel de la empresa en la infracción colectiva.....	26
5.5	Cooperación con las autoridades encargadas de la investigación.....	27
6.	Imposibilidad de pagar de la compañía multada	27
7.	Importe máximo de la multa e Indulgencia.....	30
8.	Temas generales	31
8.1	Tratamiento de empresas matrices y filiales.....	32
8.2	Tratamiento de las asociaciones de comercio / empresariales	33
8.3	Examen por Apelación.....	34
8.4	Cobro de multas	35
9.	Conclusión:	35
	Referencias.....	38

Recuadros

Recuadro 1. Capacidad de pago en un cártel del acero pretensado.....	28
Recuadro 2. Política jurisdiccional sobre la incapacidad de pago.....	29
Recuadro 3. Límites de una empresa.....	32

Tablas

Tabla 1: Multas a los cárteles por año y país de multa, en una selección de jurisdicciones de América Latina 1999-2010 (millones de USD) (cifras provisionales).....	8
Tabla 2: Número de empresas multadas por cárteles, por año y por país de la multa, en una selección de jurisdicciones de América Latina (1999-2010) (cifras provisionales).....	8
Tabla 3: Multas por infracción, selección de jurisdicciones	9
Tabla 4: Multas base máximas.....	19
Tabla 5: Tasas para multas base de cárteles y monopolización, Japón.....	21
Tabla 6: Tarifas de multas para cártel y abuso de dominancia, Corea.....	21
Tabla 7: Ponderaciones españolas que se aplican a las ventas en el tiempo que duró la infracción.....	23
Tabla 8: Circunstancias agravantes y atenuantes	24
Tabla 9: Multas máximas por tipo de delito, selección de jurisdicciones.....	30

1. Introducción

1. Es una práctica frecuente cobrar multas a los infractores de las leyes de defensa de la competencia. Las políticas y prácticas relativas a las multas juegan un papel fundamental para prevenir y reprimir las violaciones a las leyes de competencia.¹ Para ilustrar la importancia financiera de las multas, las multas a los cárteles en el mundo suman alrededor de 64 mil millones de dólares desde 1990.² Una de las muchas cuestiones que muchas jurisdicciones han analizado es la de cómo establecer las multas; las respuestas adoptadas tienen efectos en los incentivos para que las empresas y su personal cumplan con la ley de defensa de la competencia. Si bien hay una gran convergencia internacional sobre los objetivos de los regímenes de multas, los detalles de dichos regímenes varían considerablemente. Este documento analiza los criterios utilizados para fijar multas y la forma en que estos criterios se refieren a los objetivos últimos de disuadir y reprimir los delitos contra las leyes de defensa de la competencia.

2. Las multas son un elemento de disuasión porque la posibilidad de una multa entra en el cálculo de las empresas cuando consideran violar la ley. Mientras que el compromiso normativo de respetar la ley tiene un fuerte efecto en el cumplimiento de la ley,³ un administrador calculador, que no esté sujeto a tales valores morales, podría centrarse exclusivamente en cuestiones lucrativas. Dicho administrador determinaría su participación en una actividad ilegal comparando los beneficios ilícitos con los gastos de penalización previsible.⁴ El costo previsto por el castigo depende de manera decisiva del monto de la multa, reducido por la probabilidad de pagar la multa.⁵ Si el importe de las multas supera suficientemente las ganancias ilícitas, los delitos pueden ser desalentados incluso cuando la probabilidad de pagar una multa es baja.

3. En los últimos 25 años, la cuantía de las multas por infracciones a la ley de competencia ha aumentado considerablemente. Por ejemplo, en la Unión Europea, el total de las multas impuestas en el ámbito de la UE para infracciones por cárteles ajustadas a las resoluciones judiciales se elevó de 344 millones de euros en el período 1990-1994 a 8,300 millones de euros durante el período 2005-2009.⁶ El

¹ Mientras que la disuasión es promovida también por la acción privada, los castigos penales, la responsabilidad personal, la indulgencia, el daño a la reputación, la descalificación y los sistemas de recompensas para los denunciantes, las multas son claramente una de las principales herramientas disponibles para las autoridades de defensa de la competencia.

² Cálculos de los autores tomados de la hoja de cálculo *Private International Cartels*, de John M. Connor, Universidad de Purdue, Indiana, EE.UU. (mayo de 2013). Las cifras mundiales de las multas por abuso de dominancia no son del conocimiento de los autores.

³ Véase Wils (2006).

⁴ Véase Becker (1968), Wils (2006).

⁵ La probabilidad de pagar la multa se basa tanto en la detección como en la determinación final de una infracción legal acreedora de esa multa.

⁶ Estadísticas sobre cárteles de la UE, julio de 2013, disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>. De acuerdo con el documento de mesa redonda de la OCDE de 2011, "Promoting compliance with competition law", el promedio de las multas a las empresas creció de menos de 2 millones de euros en 1990-1994 a 46 millones de euros durante el período 2005-2009, o aproximadamente 2200 por ciento. Mientras tanto, el número de casos de cárteles resueltos por la Comisión Europea aumentó de 11 en 1990-1994 a 33 en 2005-2009. Durante el mismo período de tiempo, la División Antimonopolios del DJ cosechó números igualmente impresionantes. Cobró 142 millones de dólares en total de multas a las empresas en el período 1990-1994, cifra que aumentó a 3,350 millones de dólares en el período 2005-2009 (un aumento de aproximadamente 2250 por ciento). Durante el mismo intervalo de tiempo, la multa promedio a las empresas pasó de 480.000 dólares a unos 44 millones de dólares (cerca de 9.000 por ciento). El promedio de las multas impuestas a los individuos aumentó de 125.000 dólares en 1998 a más de 600.000 dólares en 2007. Como dato interesante, esas cifras

Departamento de Justicia de los EE. UU. cobró 142 millones de dólares en total en multas a las empresas en el período 1990-1994, cifra que aumentó a 3,350 millones de dólares en el periodo 2005-2009. Del mismo modo, las multas por violaciones a la ley la competencia en América Latina fueron mínimas hasta después de 2000 y posteriormente aumentaron sustancialmente en la década siguiente.⁷

4. Las multas no se limitan al delito de cártel. En la Unión Europea, por ejemplo, en un abuso de dominancia, la Comisión Europea impuso una multa de 1,060 millones de euros.⁸

5. Aun cuando el importe total de las multas es grande, un creciente corpus de investigaciones sugiere que las multas pueden ser inadecuadas, en particular para los cárteles. Por ejemplo, un estudio reciente encuentra que la media y mediana⁹ de las tasas de sobreprecio de los cárteles europeos son de 20% y 18 %, y que los cárteles descubiertos tenían una vida promedio de 8.4 años de vida. (Smuda, 2013) Lo que sugiere que las multas no serán suficientes para disuadir a los cárteles, incluso si el 100% de los cárteles fuera detectado, ya que las multas base ascienden al 10% de los ingresos del beneficio en los productos pertinentes, aunque se cobraran durante toda la duración de la comisión del delito.¹⁰

6. Si las multas se elevan a un nivel que puede ser suficiente para la disuasión,¹¹ muchas empresas sujetas a una multa podrían enfrentar dificultades financieras.¹² Estas dificultades financieras serían una

fueron aumentando durante un período en el que el número total de los casos de fijación de precios llevados cada año por el DJ iba en disminución. De hecho, la cifra se redujo en un 68 por ciento desde comienzos de la década de 1990 hasta el periodo 2004-2006. La tendencia a la baja se aplica tanto a los recursos interpuestos contra las empresas, como a los casos contra individuos. Estas estadísticas sugieren que el DJ ha estado concentrándose en un número relativamente pequeño de "grandes casos" con el potencial de grandes sanciones, en lugar de un gran número de "casos pequeños" con penas menores. Esa estrategia es coherente con el aumento del número de casos presentados contra los grandes cárteles internacionales.

⁷ Para conocer las cifras entre 1999 y 2010, consulte la Tabla 1.

⁸ La multa por el presunto abuso de dominancia de Intel fue anunciada el 13 de mayo de 2009. Véase http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-235_en.htm.

⁹ El sobreprecio del cártel es la diferencia entre el precio fijado por el cártel y el precio denominado "excepto por" que habría prevalecido en ausencia de un cártel.

¹⁰ Incluso si el cálculo de los abusos, y de la formación de cárteles indica que las multas por sí solas son insuficientes para impedir las violaciones de la ley, la existencia de cuantiosas multas aún puede contribuir, en el caso de los cárteles, a la inestabilidad de la conducta del cártel, aumentando la probabilidad de solicitudes de indulgencia. Por otra parte, la cifra de 10% de una multa base se ajusta muchas veces a la alza a causa de circunstancias agravantes. Por último, el porcentaje de incremento de beneficios de un cártel será a veces considerablemente inferior al porcentaje de incremento de los ingresos, a menudo en un factor de aproximadamente ½, debido a las ventas perdidas por el aumento de los precios.

¹¹ Wils (2006) sugiere que el nivel eficaz de las multas para la disuasión podría ser 250-500% del volumen de ventas anual de los productos de que se trate. Si una empresa se dedica a actividades ilegales por un período de cinco años, con un aumento en los beneficios de 5% de la cifra de negocio, y un 10% de posibilidades de detección y decisión de emitir una multa, una multa disuasiva sería de 250% de la facturación anual para el producto de que se trate. Con un 5% de probabilidad de detección y de decisión, una multa con efecto disuasorio equivaldría al 500% de la cifra anual del volumen de ventas para los productos de que se trate. Werden et al. (2011), pág. 211, sugieren que dos veces el volumen de comercio anual sería un nivel de multa "suficiente" para la disuasión, y téngase en cuenta que el volumen anual de comercio de las empresas de los EE.UU. que presentan declaración de impuestos es aproximadamente la misma que la de su valor neto, lo que implica que las multas enteramente disuasivas pueden llegar a superar la capacidad de pago. Heimler y Mehta (2012) sugieren números considerablemente menores para multas eficazmente disuasivas, en el rango de 5-15% de la cifra anual del volumen de ventas.

preocupación de política económica si las dificultades financieras redujeran el número de competidores, el vigor de la competencia o tuvieran importantes consecuencias negativas sociales y económicas. Algunos comentaristas están preocupados de que las multas que pudieran llevar a la quiebra a una empresa serían inaceptables y desproporcionadas.¹³ Sin embargo, observemos que la quiebra no es equivalente a la liquidación, y la preocupación principal para las políticas de competencia, sociales y económicas, vendría de la liquidación. La quiebra no conduce necesariamente a la liquidación por dos razones. En primer lugar, las empresas pueden tener pasivos que superan a los activos (sobre todo debido a las multas), pero al mismo tiempo ser empresas rentables a futuro.¹⁴ Si una empresa entra en quiebra debido exclusivamente a una multa, hay una buena razón para creer que la actividad comercial de fondo de la empresa es sólida y que podría continuar después de la resolución de la quiebra. La ley de quiebras, a menudo garantizaría que dichas empresas, o por lo menos sus operaciones, no se liquidaran, y que en cambio sus activos productivos pudieran sobrevivir intactos, por lo tanto seguiría siendo una fuerza competitiva y una fuente de actividad económica. En segundo lugar, pueden existir mecanismos alternativos para pagar las multas, como planes de pago, endose de los intereses de los accionistas al estado¹⁵, o emisiones de derechos para obtener fondos; tales mecanismos pueden garantizar que las empresas sigan en funcionamiento. El nivel apropiado de las multas es, por lo tanto, una cuestión abierta.

7. Las directrices escritas sobre los criterios de las multas son importantes para garantizar que haya multas predecibles y transparentes. Un cierto número de jurisdicciones de América Latina tienen directrices para las multas, incluyendo Brasil, Chile, Colombia, El Salvador y México.

8. En muchas jurisdicciones, las multas siguen siendo uno de los únicos instrumentos de castigo en el arsenal del organismo encargado de la competencia, porque los daños y perjuicios a terceros no son cobrados y la ejecución penal, o bien todavía no está incluida en la legislación correspondiente, o no se han tomado medidas penales. El Cuadro 1 muestra las multas por país y año para una selección de jurisdicciones de América Latina. Las multas a los cárteles en América Latina sumaron alrededor de 2,600 millones de dólares entre 1999 y 2010. La Tabla 2 muestra que aproximadamente 431 empresas fueron

¹² Mientras que algunos comentaristas están preocupados por los efectos del exceso de disuasión si las multas contra los cartelistas fueran excesivas (véase Calvani y Calvani (2011)), otros sostienen que los efectos de las multas por encima del pleno nivel de disuasión no es grave y no restringiría una actividad económica de mejora de la eficiencia (véase Werden et al. (2011)).

¹³ Véase, por ejemplo, Wils (2006) quien sugiere que los grandes múltiplos de multas "corren el riesgo de ser inaceptables desde la perspectiva de la justicia proporcional". El Tribunal General ha declarado que "el hecho de que la multa impuesta a una empresa es considerablemente mayor que todo su beneficio neto en el ejercicio, en sí mismo no es suficiente para llegar a la conclusión de que la multa es desproporcionada". Sentencia del 12 de diciembre de 2012 del Tribunal General (Sala Tercera) en el Caso T-410/09. Jandel Almamet GmbH Mit Spanen und Pulvern Aus Metall vs Comisión Europea, párrafo 271. El beneficio neto de los productos será considerablemente menor que el volumen de ventas, pero la declaración de la corte sugiere que las multas que podrían llevar a una empresa a la quiebra no son necesariamente desproporcionadas.

¹⁴ Por ejemplo, en la Unión Europea, como ha señalado el Tribunal General, "aunque la liquidación de una empresa en su actual forma jurídica puede afectar negativamente los intereses financieros de los propietarios, inversionistas o accionistas, no quiere decir que los elementos personales, tangibles e intangibles, representados por la empresa, perderían también su valor." Sentencia del 12 de diciembre de 2012 del Tribunal General (Sala Tercera) en el Caso T-410/09. Jandel Almamet GmbH Mit Spanen und Pulvern Aus Metall vs Comisión Europea, párrafo 267.

¹⁵ Esto no es una sugerencia de que los estados deberían manejar todos los intereses de los accionistas en esta forma. Por lo general, se podría imaginar que estas acciones podrían ser vendidas a través de ventas en la bolsa, en particular las de las empresas que cotizan en bolsa, como sucede con las participaciones del estado en muchas empresas financieras, derivadas del apoyo estatal durante la crisis financiera.

multadas en América Latina entre 1999 y 2010. Las multas están ampliamente presentes en América Latina, pese a ser relativamente modestas en muchos países. Como resultado de ello, es especialmente importante discutir los criterios para determinarlas, apoyándose en la experiencia mundial.

Tabla 1: Multas a los cárteles por año y país de multa, en una selección de jurisdicciones de América Latina 1999-2010 (millones de USD) (cifras provisionales)

País	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Total
Argentina	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	95.6	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	95.6
Brasil	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	0.4	1.8	84.1	N.d.	304.9	60.4	61.2	1,847.6	2,360.4
Chile:	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	0.0	9.2	0.0	39.1	0.6	0.0	48.8
Colombia	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	1.2	2.1	2.0	7.3	12.6
Costa Rica	0.1	0.1	0.0	0.3	0.2	0.1	0.4	0.01	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	1.3
El Salvador	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	1.7	N.d.	N.d.	N.d.	1.7
Honduras	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	1.0	N.d.	7.0	8.0
México	0.1	N.d.	1.4	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	14.1	N.d.	N.d.	31.7	N.d.	47.2
Perú	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1	3.1	3.1	3.1	9.7
Total	0.2	0.1	1.4	0.3	0.7	2.0	180.2	23.3	307.9	105.7	98.6	1,865.1	2,585.4

Fuente: Cálculos de los autores, basados en la Hoja de cálculo sobre cárteles privados internacionales, de John M. Connor (mayo de 2013), comunicaciones de Chile, México Perú, evaluaciones por pares de la OCDE y evaluaciones por pares sobre Costa Rica de la UNCTAD. Las cifras no suman perfectamente debido a un error de redondeo. *La Suprema Corte anuló la condena.

Tabla 2: Número de empresas multadas por cárteles, por año y por país de la multa, en una selección de jurisdicciones de América Latina (1999-2010) (cifras provisionales)

País	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Total
Argentina	N.d.	N.d.	3	5	3	2	7	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	20
Brasil	1	2	16	11	5	8	10	5	8	6	3	13	88
Chile:	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	4	1	2	N.d.	2	1	1	11
Colombia	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	2	47	21	38	108
Costa Rica	16	17	31	63	10	2	1	2	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	142
El Salvador	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	2	N.d.	N.d.	N.d.	2
Honduras	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	17	N.d.	8	25
México	3	N.d.	3	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	15	N.d.	N.d.	3	N.d.	24
Perú	1	2	0	5	3	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	11
Total	21	21	53	84	21	16	19	24	12	72	28	60	431

Fuente: Cálculos de los autores, basados en la Hoja de cálculo sobre cárteles privados internacionales, de John M. Connor (mayo de 2013), comunicaciones de Chile, México Perú, evaluaciones por pares de la OCDE y evaluaciones por pares sobre Costa Rica de la UNCTAD.

9. En este documento se examinarán los criterios de multas de las jurisdicciones seleccionadas por infracciones en materia de derecho de la competencia, con énfasis en:

- Qué tipos de delitos están sujetos a multas;
- Que tipos de infractores están potencialmente sujetos a multas, ya sea corporativas o individuos;
- Cómo afectan los objetivos de la política de multas los criterios para determinar el importe de la multa;
- Métodos para establecer la multa base;

- Circunstancias agravantes y atenuantes consideradas en ocasiones al ajustar la multa base; y
- Problemas generales para determinar las multas.

10. Este documento está destinado a servir de base para un debate entre países sobre los criterios que se aplican en la determinación de multas a las infracciones en materia de derecho de la competencia; no pretende ser una revisión completa de la experiencia jurisdiccional. Este documento no hace recomendaciones sobre las políticas de multas y no debe ser tomado como sustento para establecer multas.

11. Mientras que algunos países de América Latina han estado utilizando ampliamente sus poderes para imponer multas, otros han sido menos activos; en general, América Latina sólo representa aproximadamente el 4-5% de las multas en todo el mundo entre 1990 y 2010. Si se excluye un caso con multas particularmente grandes, el porcentaje se reduciría a menos del 1%. A pesar de la modesta cuantía de las multas, la experiencia en la aplicación de multas está creciendo rápidamente en la región, al mejorar las leyes, al utilizar los responsables de la aplicación de la ley sus poderes y al establecerse una jurisprudencia.

2. Naturaleza de la infracción y tipos de infractores sujetos a una multa

12. Los criterios establecidos para las violaciones suelen depender en primer lugar de la naturaleza de la infracción (cártel o abuso de dominancia) y el tipo de infractor (en términos generales clasificados como particulares o empresas). Las multas más graves normalmente se reservan para las empresas implicadas en cárteles. Un resumen de las infracciones que están sujetas a multas se presenta en la Tabla 3.

Tabla 3: Multas por infracción, selección de jurisdicciones

	Multa por abuso de dominancia	Multa por cártel
UE	Sí	Sí (multa adicional de 15-25% del volumen de ventas de un año: costo de ingreso)
Brasil	Sí	Sí
Canadá	Sí (10 millones de dólares)	Sí
Chile:	Sí	Sí
Colombia	Sí	+15-25% 30% (con especial severidad)
República Dominicana	Sí	Sí
Ecuador	Sí	Sí
Francia	Sí	Sí
Alemania	Sí	Sí (multa adicional de un 15-25% de un año de facturación)
Japón:	Sí	Sí
Corea.	Sí	Sí
México	Sí	Sí
Países Bajos.	Sí	Sí
Perú	Sí	Sí
Portugal.	Sí	Sí
España:	Sí (grave-5% del volumen de ventas total) (Muy grave-10% del total del volumen de ventas)	Sí (grave-5% del volumen de ventas total) (Muy grave-10% del total del volumen de ventas)
Reino Unido	Sí	Sí
EE.UU.	No, aunque por ley, se pueden imponer multas.	Sí
Venezuela	Sí	Sí

Fuente: Recopilación de los autores de varias fuentes de la RICE, la OCDE y fuentes nacionales.

2.1 *Imposición de multas por abuso de dominancia y conducta de cártel*

13. Por lo menos en una jurisdicción importante, las multas son principalmente o exclusivamente aplicadas para combatir la conducta de cártel.¹⁶ En la mayoría de las jurisdicciones, las multas pueden imponerse también por abusos de dominancia.¹⁷ Las autoridades de defensa de la competencia que aplican multas tanto para el delito de cártel como el de abuso de dominancia de mercado, el proceso de cálculo de las multas puede variar, por lo general estableciendo en un mayor porcentaje de los ingresos las multas por delitos de cártel.

14. Heimler y Mehta (2012) sugieren que cuando se utilizan los principios de la disuasión como base para determinar los niveles generales de las multas contra los cárteles y los abusos de dominancia, la multa base para los cárteles debería, sin duda, ser superior, en cuanto un porcentaje del volumen de ventas, a la de infracciones de abuso de dominancia. Una de las principales razones de esta propuesta es su argumento de que la probabilidad de detectar violaciones derivadas de cárteles es menor que la probabilidad de detectar violaciones de abuso. Detectar los cárteles puede ser más difícil que detectar los abusos de dominancia, debido principalmente a que los cárteles son secretos, y los participantes de un cártel ocultan las pruebas pertinentes. Mientras que una gran parte de la conducta potencialmente abusiva de empresa dominante, como la de excluir a los competidores del mercado, es abierta y por lo tanto es relativamente fácil de detectar por la autoridad de defensa de la competencia, a resultas de las quejas de los competidores. Mientras que las predicciones exactas de las probabilidades de detección son difíciles de establecer, ellos sugieren que la probabilidad de detección de cárteles puede ser del 20 %, mientras que la probabilidad de detección del abuso de dominancia puede ser tan alta como un 70 %.¹⁸ Heimler y Mehta comienzan por observar que el aumento en los beneficios resultante del comportamiento de cártel generalmente será considerablemente inferior a los aumentos en los precios, por parámetros económicos razonables. Utilizan estas cifras como base para la disuasión, teniendo en cuenta la probabilidad a largo plazo de que los cárteles sean descubiertos y multados. Afirman que las multas de disuasión sólo necesitan

¹⁶ La jurisdicción que no depende de las multas es los EE. UU., aunque la sección (2) de la Ley Sherman permite las multas por monopolio, según la OCDE (2006) "como una cuestión de política pública, nunca se considera la conducta anticompetitiva de una sola empresa como susceptible de un castigo por parte de las instituciones porque son necesarios demasiados juicios y evaluaciones ex post, caso por caso, para determinar si la conducta fue ilegal en primer lugar." Sin embargo, la Comisión Federal de Comercio de los EE. UU. (FTC) puede buscar el resarcimiento en virtud de la Ley de la FTC, p. ej. *FTC vs. Mylan Labs, Inc.*, 62 F. Supp. 2d 25 (D.D.C. 1999.)

¹⁷ Algunas autoridades de competencia tratan de evitar el pago de multas por abuso de dominancia de mercado, aun cuando tienen una base legislativa para su aplicación, mientras que otras imponen fuertes multas.

¹⁸ Heimler y Mehta (2012), afirman que "[un] documento de Combe, Monnier y Legal (2008) basado en las decisiones adoptadas por la UE sobre la prohibición de cárteles durante el período previo a la indulgencia, es decir, antes de mediados de la década de 1990, estimaba una tasa de detección del 13 %. Dado que este documento se ocupa tan sólo de casos en la Unión Europea, ignorando los casos procesados por las autoridades nacionales, además de que basa su muestra en procesos reales y no en los cárteles detectados pero no procesados por falta de pruebas, se puede concluir que se trata de una subestimación de la tasa de detección implícita. Por otra parte, el período de análisis es anterior en fecha al programa de indulgencia de la UE; por lo tanto, la subestimación es probablemente importante. Un estudio basado en la aplicación de la ley a los cárteles por el DJ de los EUA (Miller (2009) estima que un programa de indulgencia eficaz puede aumentar la tasa de detección de cárteles en más de un 60% y reduce la formación de cárteles en un 59%. La probabilidad de detección del 20% es por tanto una estimación conservadora". (p 104) "Ya que el objetivo del abusos es excluir a los competidores afectados, es muy probable que estos se den cuenta de que están siendo excluidos. La probabilidad de detección es, por lo tanto, al menos superior al 50% para una situación en que la empresa dominante es una entidad relativamente pequeña, por encima del 70% para las grandes empresas dominantes, y prácticamente del 100% para las empresas superdominantes." (p. 116)

ser de aproximadamente 5% a 15% del volumen de ventas, por lo que consideran parámetros económicos razonables de las violaciones relacionadas con la práctica de cártel; y un 2,7% - 6,3% del volumen de ventas por lo que argumentan ser parámetros económicos razonables de los abusos de dominancia. Esta cifra es baja si se compara con lo que se puede esperar de multiplicar un aumento de los beneficios (es decir, el 10% del volumen de ventas) por un 20% de probabilidad de detección (lo cual podría intuitivamente sugerir que una multa disuasiva sería del 100% del volumen de ventas). Los valores bajos se deben a que los incrementos en las ganancias son menores al aumento de los precios, y a la opinión de que la probabilidad de detección (que puede ser de 20% al año) se torna bastante alta en períodos de varios años de funcionamiento. El mínimo para la disuasión aumentará considerablemente si los cárteles no tienen larga vida y si la previsión de 20% de probabilidad de detección resulta ser más baja en realidad.¹⁹

15. Los principios en los que se sustenta este método de construcción de modelos también pueden sugerir que, a igualdad de todo lo demás, las infracciones de los cárteles con mayor efecto probable en los precios (como las licitaciones públicas fraudulentas) requeriría un mayor nivel en las multas para disuadir otras formas de infracciones por cárteles.²⁰

16. Estos modelos excluyen consideraciones de perjuicio para el consumidor, que puede ser considerablemente superior a los beneficios del cártel. Los criterios de sanción puede también estar basados, en cierta medida, en el razonamiento de que las multas deben de algún modo reflejar el perjuicio para el consumidor, sobre todo si es poco probable que ese daño tenga otras formas de reparación, como la acción privada por daños y perjuicios.

17. Aunque estos cálculos pueden ser de interés, siempre y cuando las probabilidades de detección puedan ser calculadas de manera razonable y que los modelos subyacentes sean apropiados, sería difícil aplicar un razonamiento similar a los casos individuales, con cálculos de probabilidades de detección que podrían diferir de un caso a otro. En casos individuales, no sería práctico establecer múltiplos basados en la probabilidad individual de que se detecte y enjuicie exitosamente una infracción de la legislación antimonopolio. (Eduardo Cavanagh, "Antitrust Remedies Revisited," 84 Oregon Law Review 147, 171 (2005))²¹ Por otra parte, los beneficios reales, para los que se utilizan a menudo valores de sustitución, no pueden constituir la cifra correcta para la disuasión, que debe basarse en cambio en las expectativas de beneficios ex ante, en lugar de los beneficios reales.

18. Las normas para las multas a las empresas en un nivel jurisdiccional se examinan a continuación. Se hallará más información detallada sobre el cálculo de cantidades más adelante en el documento.

- En 2004, la Ley de Aplicación y Reformas de Sanciones Penales Antimonopolio aplicó multas corporativas de entre 10 millones de dólares y 100 millones de dólares. Es posible aplicar multas más altas si hay grandes ganancias ilícitas. Las "disposiciones alternativas para multas" de la Ley de reforma de la imposición de sentencias establece que las empresas acusadas condenadas por un delito de cártel pueden ser sancionadas con una multa de hasta el doble del monto del beneficio ilícito,²² como fue el caso en el caso Hoffman-Laroche de 1999 relativo a las vitaminas, que se tradujo por una multa de 500 millones de dólares, al igual que con el caso AU Optronics de 2012.

¹⁹ El 20% de tasa de descubrimientos implica que para un cártel de 5 años, hay un 67% de probabilidades de que el cártel sea descubierto durante uno de los 5 años, para un cártel de 10 años, un 90% de probabilidades y uno de 15 años, un 97% de probabilidades de detección.

²⁰ Aunque sea discutible según las técnicas de detección, las licitaciones públicas fraudulentas son más fáciles de descubrir que otros tipos de cárteles, lo que significa que la probabilidad de detección de fraude podría ser mayor. (Véase Heimler y Mehta (2012) .)

²¹ OCDE (2006) Remedios y sanciones en abuso de dominancia. Véase Recuadro 1.

²² Véase 18 U.S.C. § 3571(d).

- De acuerdo con las directrices sobre multas de la UE de 2006,²³ cuando hay conducta de cártel recalcitrante (fijación de precios horizontal, acuerdos de reparto de mercados y de limitación de la producción), la multa base es de hasta el 30% del volumen de ventas pertinente de una empresa²⁴ y, posteriormente, la Comisión Europea agregará entre 15% y 25% del volumen de ventas como base para los miembros de cárteles intrínsecamente nocivos como una así llamada "cuota de ingreso". Sin embargo, en promedio, es posible aplicar porcentajes reales menores en situaciones de abuso de dominancia, frente a casos de cárteles, al calcular la multa base.
- Las autoridades de otros países, sin embargo, podrán optar por no imponer multas en casos de abuso de dominancia. Las fuerzas del orden público de los EE.UU., por ejemplo, no suelen imponer multas por monopolio. La Ley Sherman autoriza multas por violaciones a la sección 2, así como a la sección 1, pero el Departamento de Justicia no suelen pedir multas en casos de la sección 2. El Departamento de Justicia podrían aplicar la triple indemnización por daños y perjuicios por infringir las leyes antimonopolio en general, pero sólo cuando el gobierno ha sufrido un daño a causa de ello.²⁵
- España puede imponer multas en casos abuso de dominancia de acuerdo con los términos de los procedimientos de penalización establecidos en la Ley de la Competencia 15/2007 del 3 de julio (CA). Sin embargo, no se establece diferencia en el proceso de cálculo de las multas por abuso de dominancia en comparación con otros tipos de infracción. En virtud del artículo 62 de la Ley de competencia, todos los tipos de infracciones se clasifican en leves, graves o muy graves. Si se produce un abuso de dominancia en mercados recientemente liberalizados, como los de la energía, las telecomunicaciones y los servicios postales y el abuso de dominancia tiene una cuota de mercado cercana al monopolio, o que disfruta de derechos especiales o exclusivos, es *per se* considerada como una infracción muy grave. En virtud del artículo 63 de la Ley de competencia, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) podrá imponer multas de hasta el 10% del total de la facturación de la empresa en el año fiscal previo al de la resolución de la CNC²⁶.
- Corea también puede imponer multas por abuso de posiciones dominantes, pero el proceso de cálculo del importe básico de las multas es explícitamente diferente entre los casos de abuso de dominancia y los casos de cártel. La multa base estará relacionada con una proporción del volumen de ventas pertinente en función de la naturaleza de la infracción. Si bien la multa base para la conducta de cártel se aplicará hasta un 10% del volumen de ventas, la multa base para la conducta de abuso de dominancia en el mercado se aplicará hasta por 2% del volumen de ventas.²⁷

²³ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (2006/C 210/02), párr. 25.

²⁴ El volumen de ventas relevante se define como "el valor de las ventas por la empresa de productos o servicios con los que se relaciona directa o indirectamente la infracción en la zona geográfica pertinente dentro del EEE". Véase Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (2006/C 210/02), párr.13. Esto es distinto de la facturación global, que incluye las ventas mundiales de todos los bienes o servicios de la empresa.

²⁵ Consulte el documento de la Secretaría de la OCDE 2006, "Remedies and sanctions for abuse of market dominance".

²⁶ Véase la Ley de Competencia de España, 15/2007 del 3 de julio, la Plantilla Anti-cártel de la Red Internacional de la Competencia, y la contribución por países de España para la mesa redonda de la OCDE de 2006, sobre "Remedios y sanciones en casos de abuso de dominancia".

²⁷ Véase Guía de recargos de Corea, "Announcement on detailed standards, etc. for the imposition of surcharges" IV.A.

2.2 *Imposición de multas a las empresas y a las personas*

19. Las multas no se imponen solamente a las empresas. También se pueden aplicar a las personas en muchas jurisdicciones. Hay varias razones por las que las multas individuales y otras sanciones individuales, se incluyen algunas veces en el sistema de sanciones. Algunos sistemas importantes, con éxitos sustantivos en la detección y persecución de los cárteles, no incluyen multas individuales, en particular la Comisión Europea. Estos son algunos de los argumentos para aplicar multas individuales:

- En primer lugar, los individuos incurren en prácticas contrarias a la competencia. Un régimen de *disuasión directa* se dirigirá a quienes pueden tomar la decisión de participar, o tomar acciones para profundizar las prácticas ilegales. Un régimen de sanciones que se centra exclusivamente en las empresas y excluye a las personas sólo funciona indirectamente para crear incentivos para cumplir con la ley. Las multas serán pagadas por los accionistas en forma de reducción de sus beneficios o de una caída en el valor de las acciones, mientras la sanción impuesta no afecte a las personas directamente responsables de las infracciones. .
- En segundo lugar, imponer sanciones individuales puede crear en la empresa un ambiente general de cumplimiento con la ley a través de un *ciclo de retroalimentación* positiva. Las personas sujetas a posibles multas tendrán más probabilidades de seguir el consejo de los programas de cumplimiento, de cooperar con las investigaciones de la autoridad de competencia, de resistirse a las instrucciones de la gerencia de participar en actividades ilegales, e incluso de alentar a los empleados a actuar como denunciantes.
- En tercer lugar, puede ser difícil superar *problemas de supervisión* por personas externas. La supervisión podría realizarse a través de la vigilancia de la gestión por los accionistas, una supervisión de la gestión por el personal de la empresa, o un abogado externo (como en algunos programas de cumplimiento) en interacción con personal de la empresa. No importa el tamaño de las multas, si los administradores u otros empleados implicados en los cárteles y otras prácticas contrarias a la competencia no pueden ser vigilados de forma eficaz y si están expuestos a incentivos positivos para participar en las actividades del cártel (como a través de bonos en función de los beneficios), sus incentivos para cumplir con la ley no serán claros y directos.²⁸

20. Una disuasión efectiva puede por lo tanto beneficiarse de una combinación de multas corporativas y multas individuales, como en lo expuesto anteriormente. Sin embargo, cuando hay una limitación en la ley o reglamento de defensa de la competencia que no permite tales multas, como en la UE, puede considerarse otro enfoque, como una orden de destitución u orden de inhabilitación. La inhabilitación es una posible sanción para los fijadores de precios en Australia, Brasil, Canadá, Eslovenia, España, Suecia y el Reino Unido, entre otros.²⁹

21. A continuación se describen las posturas de una selección de jurisdicciones para las multas individuales.

- EE.UU. es una de las jurisdicciones que aprobó sanciones penales contra las personas. Los EE.UU. pueden imponer e imponen multas elevadas (incluida la cárcel) a los administradores o directivos que participan activamente en violaciones por conducta de cártel. La Ley de Aplicación y Reformas de las Sanciones Penales Antimonopolio de 2004 aumentó las multas individuales máximas de 350.000 a 1 millón de dólares, y el tiempo máximo de cárcel de 3 a 10 años.

²⁸ Geradin (2011) p 15.

²⁹ OECD (2011) “Promoting compliance with competition law” 3.2.4.

- Aunque el sistema de multas de la Unión Europea no prevé multas, individuales, varios Estados Miembros de la UE han introducido sanciones individuales a nivel nacional para infracciones contra la competencia por incumplimiento de los artículos 10 y 102 del tratado de la CE. Por otra parte, en virtud del Reglamento 1/2003, Artículo 23(2)(a), la Comisión Europea sólo puede castigar a las empresas o asociaciones de empresas por infracciones a la ley de competencia mediante la imposición de multas corporativas. Por ejemplo, Alemania puede condenar a la cárcel hasta por cinco años e imponer multas de hasta 1.0 millón de euros. El derecho español de competencia establece que los representantes legales o los miembros de los órganos de gestión que han intervenido en el acuerdo o decisión prohibida pueden ser sancionados con una multa de hasta 60,000 euros.³⁰
- En Chile, las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica infractora y a sus directores o gerentes y personas que participaron en la infracción a la Ley de Defensa de la Competencia chilena.³¹
- En México, los ejecutivos pueden ser sancionadas con una multa de un máximo de aproximadamente 1 millón de dólares, como resultado de las modificaciones legales aprobadas en 2011. Una pena de prisión de hasta 10 años también puede ser solicitada por la autoridad de defensa de la competencia, una vez que se ha llegado a la sentencia de que se ha producido una infracción a la ley de defensa de la competencia.
- En el Reino Unido también, un individuo culpable de participar en fijación de precios, limitación de la oferta o de la producción, reparto de mercados, o manipulación de las licitaciones, es pasible de una pena de prisión de hasta cinco años o una multa ilimitada.³²

22. La autoridad portuguesa de competencia reformó la ley de competencia el 8 de mayo de 2012. Amplió la responsabilidad de los individuos por infracciones a la ley de defensa de la competencia y la variedad de personas que pueden ser responsables. Además de los miembros de los órganos de administración de entidades jurídicas, cualquier director o persona responsable de la vigilancia y supervisión de las actividades en las que se comete una infracción ahora también pueden ser objeto de multas individuales, cuando estaban enterados o debían haber tenido conocimiento de la infracción a la competencia y no adoptaron las medidas apropiadas para poner fin de inmediato a dicha infracción. En tales casos, las multas pueden llegar hasta el 10% de los ingresos anuales que la persona recibe de la empresa infractora.³³

³⁰ Ley de Competencia 15/2007 del 3 de julio, Artículo 63.2.

³¹ En Chile las investigaciones son realizadas por un organismo encargado de hacer cumplir la ley, la "Fiscalía Nacional Económica (FNE)". Un tribunal con facultades de toma de decisiones, el Tribunal de defensa de la Libre Competencia (TDLC), con estatus de tribunal, decide las órdenes y las sanciones. La FNE puede procesar a la persona jurídica y a sus administradores (o directores) que hayan participado en la infracción, mediante la presentación de un informe (decisión de la administración) ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDLC). El TDLC puede imponer una sanción financiera a las empresas, y a toda persona que haya participado en la infracción, de hasta 30.000 unidades tributarias (aprox. 26 millones de dólares). La cantidad depende de los beneficios financieros recibidos gracias a la infracción, de la gravedad de la infracción y de la reincidencia del infractor. (RICE, plantilla de la lucha contra los cárteles y OCDE, Accession Report on Competition Law and Policy in Chile, 2010.)

³² Sección 190 (1)(a) de la Enterprise Act (2002).

³³ The New Portuguese Competition Law, Lisboa, Vieira de Almeida & Associados, Sociedade de Advogados, RI(2012,5) y Summary of Key Aspects of the New Competition Law, PLMJ Sociedade de Advogados, RI(2012,5); el concepto de remuneración es de carácter muy amplio, e incluye salarios, sueldos, propinas, pagos, porcentajes, comisiones, participaciones, subsidios o bonificaciones, primas de asistencia, y los emolumentos y remuneraciones accesorios.

3. Objetivos de las multas

23. Los principales objetivos de imponer las multas son por lo general la disuasión, el castigo y el resarcimiento. Teniendo en cuenta cada uno de estos a su vez:

- La disuasión elimina el incentivo para participar en conductas ilegales y anticompetitivas.
- El castigo es una pena a las empresas o individuos por violar la ley de defensa de la competencia; y
- El resarcimiento exige a las empresas o a las personas que violaron la ley que renuncien a todo beneficio financiero fruto de sus actividades ilegales.

24. Los objetivos del castigo y del resarcimiento están estrechamente relacionados con el objetivo de la disuasión. Al mostrar que la autoridad en materia de competencia castigará a las empresas o a los individuos por violaciones comprobadas de la ley de defensa de la competencia, se desalienta el incentivo para participar en ese tipo de conductas. Al expropiar los beneficios provenientes de la conducta ilegal, el incentivo para participar en esa conducta también es eliminado y, por lo tanto, la conducta es desalentada.

25. Los criterios para el cálculo de las multas pueden variar de acuerdo con el (los) objetivo(s). Por ejemplo, la autoridad de competencia de Japón determina la multa según el tamaño de la empresa (grande, pequeña, mediana) y el tipo de actividad (fabricantes o minoristas), teniendo en cuenta el monto promedio de ventas y las ganancias ordinarias. El carácter del sistema de multas para cárteles en Japón tiene el objetivo principal de resarcir. Es decir, el gobierno extrae un beneficio económico derivado de un cártel para que los cartelistas no puedan mantenerlo, no como un castigo monetario contra los cárteles. En cambio, Alemania puede imponer multas punitivas con una compensación adicional por el exceso ganancias (ARC sección 81(5)), ya que conforme al Artículo 17(4) de la Ley sobre delitos administrativos, las multas administrativas deberán superar las ganancias obtenidas como resultado de la infracción. Por lo tanto, el carácter del sistema de multas en Alemania incluye tanto castigo como resarcimiento.

26. Los criterios para fijar la multa pueden estar relacionados con la culpabilidad de las empresas implicadas en una infracción, independientemente de los beneficios o ganancias a partir de una actividad ilegal. Esos factores de culpabilidad pueden incluir:

- Si los infractores infringieron intencionalmente la ley de defensa de la competencia;
- Si los infractores desempeñaron un papel activo en la infracción;
- Si los infractores colaboran con la investigación de la autoridad de competencia;
- Si el director o los ejecutivos de alto nivel participaron en la infracción; y
- Si los infractores coaccionaron a otros participantes a asegurar la continuación de la infracción, o negarse.

27. Las multas que resarcen las ganancias mal habidas no son poco frecuentes tratándose de violaciones al derecho a la competencia. El resarcimiento surge de la idea de que no se debe permitir a una empresa conservar los beneficios debidos a una actividad ilegal. El resarcimiento podría arrojar algún valor disuasorio, pero normalmente no toma en cuenta, en sí mismo, el hecho de que la probabilidad de detección es menor de uno. Como resultado, el resarcimiento de las ganancias mal habidas por regla general no será suficiente para la disuasión.

28. Algunas jurisdicciones tienen como regla en sus directrices sobre multas que, si es posible, la incidencia real de la infracción (ganancias ilícitas o daños a los afectados) sea tomada en cuenta al fijar las

multas. Por ejemplo, después de que la cantidad de base ha sido aumentada para reflejar los factores agravantes, o disminuida para reflejar factores atenuantes, la Comisión Europea puede aumentar la cuantía de las multas una vez más para efectos de disuasión o resarcimiento. Las directrices de la UE en materia de multas son las siguientes: "La Comisión tendrá también en cuenta la necesidad de incrementar el importe de la multa a fin de superar el importe de las ganancias obtenidas indebidamente como consecuencia de la infracción, cuando sea posible calcular esa cantidad" (párrafo 31). El resultado de esta regla es permitir mayores multas cuando los hechos lo ameritan. La disposición alternativa sobre multas de la Ley de Reforma de Sentencias de los EE. UU. asegura también que las ganancias mal habidas puedan recuperarse, y hasta dos veces la ganancia pecuniaria del demandado o el doble de la pérdida pecuniaria para los afectados puede configurarse como una multa.

29. La proporcionalidad y la previsibilidad son otros objetivos del sistema de multas que las autoridades de defensa de la competencia toman en cuenta para determinar las multas. Con multas previsibles, una empresa sabe de antemano el monto probable de la multa y, por lo tanto, la gravedad de cualquier acción ilegal. Las multas impuestas deben aumentar en proporción a las ganancias ilícitas, al grado de gravedad de la infracción y a la duración de la infracción.³⁴ La proporcionalidad es un principio importante para imponer sanciones disuasorias y multas adecuadas. Si las multas previstas para la infracción son demasiado bajas para disuadir, entonces las actividades de ejecución de la ley resultan improductivas. Si son demasiado altas, pueden carecer de proporcionalidad.

30. Además, la estructura de la guía para las multas debe ser lo suficientemente transparente y predecible para una empresa, de tal modo que un infractor potencial conozca de antemano la probable cuantía y la gravedad de su acción, antes de incurrir en cualquier conducta contraria a la competencia. Por otra parte, las directrices de multas previsibles pueden facilitar la cooperación con el organismo judicial porque la multa estimada es un factor clave para que una empresa considere si cooperará en una investigación de la autoridad de competencia. La decisión se toma normalmente en las primeras etapas de la investigación. Por lo tanto, un régimen de multas con criterios más transparentes y un alto grado de certeza jurídica contribuirán a estimar el rango probable de multa para la empresa y para la conducta bajo examen. En resumen, los regímenes de multas predecible y transparente incrementan el efecto disuasorio y tienen mayores probabilidades de promover solicitudes de indulgencia. Para garantizar la previsibilidad, por lo general las directrices para multas toman en cuenta los siguientes puntos:

- Cómo calcular las multas base, el volumen de ventas pertinente y la duración de la infracción
- Cómo determinar la proporción de la multa impuesta como una proporción del volumen de ventas.
- Cómo clasificar o evaluar el grado de gravedad de la infracción según el tipo de conducta;
- ¿Qué criterios se aplican para aumentar o disminuir el importe de base, tales como factores agravantes y atenuantes y las tasas de adición o reducción para cada circunstancia atenuante o agravante.
- ¿Con qué frecuencia y en qué medida hay que reflejar la frecuencia de la infracción (reincidencia); y
- Cómo calcular la multa máxima que puede imponerse.

³⁴ Empresas de diversos tamaños pueden estar implicadas en violaciones a la ley de defensa de la competencia, de modo que un buen enfoque para todas no podrá estar a la medida de las infracciones individuales y será, ya sea desproporcionadamente elevado en el caso de empresas con ventas reducidas o demasiado modesto para impedir las infracciones por parte de las empresas con grandes volúmenes de venta.

31. Este documento analizará estos temas, ya que las políticas sobre estos puntos abarcan la mayoría de los criterios para determinar las multas.

4. **Cómo establecer la multa base**

32. Las jurisdicciones suelen efectuar una serie de pasos antes de proceder a la determinación final de las multas. Muchas jurisdicciones de la OCDE efectúan cuatro pasos principales al fijar las multas por infracción a la ley la competencia:

- Establecer la multa base;
- Ajustar la multa base a la luz de circunstancias agravantes o atenuantes.
- Aplicar un tope al importe total de la multa resultante; y
- Reducir o eliminar la multa a cuenta de una solicitud de indulgencia.

33. El último paso se aplica únicamente en el caso de los cárteles, pero los otros son comunes a los abusos de dominancia y los cárteles. El resto de este documento se centrará principalmente en los dos primeros pasos.

34. Entre los factores generales considerados para establecer la multa base se encuentran:

- El volumen de ventas en el mercado de referencia;
- La naturaleza y alcance de la infracción.
- El tipo de infracción;
- La duración de la infracción;
- El tamaño del mercado geográfico de referencia, y
- El impacto real en el mercado.

35. Estos factores se utilizan principalmente para reflejar el daño relativo de la conducta ilegal y las ganancias ilegales obtenidas por el infractor en la multa base.

36. Para garantizar que las multas puedan lograr su efecto disuasorio, las multas deben ser mayores que las ganancias esperadas adicionales derivadas de la conducta ilegal. La pérdida para el excedente del consumidor puede superar el beneficio adicional, por lo que algunas autoridades imponen multas que son mayores a las estrictamente necesarias para la disuasión, teniendo en cuenta los daños al consumidor. La ley en España,³⁵ por ejemplo, deja en claro que los efectos en los consumidores deberían tenerse en cuenta a la hora de fijar las multas.

37. Por lo general, es difícil obtener datos precisos sobre estas ganancias ilícitas, los precios que habría de no existir la actividad ilegal, la elasticidad de la demanda, la pérdida de eficiencia social, la

³⁵ Artículo 64 de la Ley de Competencia 15/2007 del 3 de julio (Criterios para la determinación del importe de las multas). 1. El importe de las multas será determinado a la luz, entre otras cosas, de los siguientes criterios: a) la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, b) la cuota de mercado de la empresa, c) el alcance de la infracción, d) la duración de la infracción, e) el efecto de la infracción en los derechos y legítimos intereses de los consumidores o en otros agentes económicos, f) los beneficios ilícitos obtenidos como resultado de la infracción, g) las circunstancias agravantes y atenuantes que existen en relación con cada una de las empresas responsables.

pérdida de bienestar para el consumidor, etc. Teniendo en cuenta estas dificultades, los agentes de la ley de competencia (p. ej., la Unión Europea³⁶) suelen usar elementos sustitutos para calcular una multa base, entre ellos el volumen de ventas en el mercado afectado, la cuota de mercado, el tipo de comportamiento ilegal, la duración de la infracción y las características del mercado afectado.

38. En la primera etapa, se calcula una multa base como un porcentaje del volumen de ventas realizado en el mercado afectado por la duración de la infracción, mediante elementos sustitutos, con algunas excepciones.³⁷ Tres elementos son necesarios para determinar la multa base; 1) el importe de las ventas de bienes o servicios relacionados con la infracción (el volumen de ventas relevante (*turnover* = T), 2) una proporción del valor de las ventas (una tasa porcentual para la infracción, P) y 3) la duración de la infracción (el número de años de participación en la infracción, Y). Por ejemplo, según el párrafo 19 de las Directrices sobre multas de la UE, la multa base, BA , se relaciona con una proporción del valor de las ventas (T), la proporción correspondiente a la infracción (P), multiplicada por el número de años de infracción (Y), es decir, $BA = T \times P \times Y$.

4.1 *Calculo del volumen de ventas pertinente*

39. La definición del volumen de ventas pertinente o valor correspondiente de las ventas que la mayoría de las jurisdicciones utiliza en su sistema de multas es similar.

- En la UE, "el valor de las ventas en el mercado de referencia" (llamado "valor de ventas") toma el valor de las ventas de bienes o servicios de la empresa con los que se relaciona directa o indirectamente la infracción, en la zona geográfica pertinente dentro del EEE durante el último ejercicio completo en que participó en la infracción (párrafo 13, Directrices sobre multas de la UE). En EE.UU., de acuerdo con el Manual de Directrices de Sentencias Federales §8C2.4, la multa base para la sentencia de una organización es el monto mayor entre (1) la cantidad tomada de una tabla proporcionada en esa sección; (2) la ganancia pecuniaria de la organización resultado de la infracción; o (3) la pérdida pecuniaria causada por el crimen de la organización, en la medida en que la pérdida haya sido causada intencionalmente, a sabiendas o negligentemente. Sin embargo, si se considera que el cálculo, ya sea de la ganancia pecuniaria o de las pérdidas pecuniarias, complicaría o prolongaría innecesariamente el trámite de sentencia, la cantidad no será utilizada para la determinación de la multa base. En virtud de la sección §8R1.1(d), se puede utilizar el "volumen de comercio afectado" en lugar de la pérdida o ganancia pecuniaria, como un elemento sustituto.³⁸
- En Alemania, Corea, Holanda, Portugal, España y el Reino Unido, entre otros, "el volumen de ventas relevante" se refiere a la venta de los bienes o servicios afectados por la infracción durante un período de infracción.

³⁶ La combinación del valor de las ventas relacionado con la infracción y la duración de la infracción se considera como un elemento sustituto apropiado para reflejar la importancia económica de la infracción, así como el peso relativo de cada empresa en la infracción. El referirse a esos factores constituye una buena indicación del orden de magnitud de la multa y no debe ser considerado como la base para un método automático y aritmético de cálculo (Reglamento (CE) n°1/2003).

³⁷ México no adopta el concepto de volumen de ventas de la empresa como base para la determinación de multas en casos de cártel, donde las penas por un delito pueden elevarse al equivalente de 1.5 millones de veces el salario general en el Distrito Federal; su nivel depende de las circunstancias enumeradas en la Ley de Competencia Económica. Colombia también utiliza el concepto de salarios mínimos mensuales para establecer las multas máximas, además de considerar el total del volumen de ventas.

³⁸ Kathleen M. Beasley, "Application of the Federal Sentencing Guidelines to Organization in Antitrust Cases: A Practical Guide" (Taller Internacional sobre cárteles, febrero de 2010).

40. En conclusión, la mayoría de las jurisdicciones utilizan el concepto de volumen de ventas, como base para el cálculo de la multa base. El volumen de ventas relevante se define normalmente como el importe de las ventas de la empresa de bienes o servicios relacionados con la infracción y en la zona geográfica pertinente.

41. En los reglamentos de la Comisión Europea, el volumen de ventas se determina antes de IVA y otros impuestos directamente relacionados con las ventas. (Párrafo 17, Directrices sobre multas de la UE).

42. La definición de producto de referencia constituye la base de la determinación del volumen de ventas, ya que el volumen de ventas se calcula sólo para determinados productos. Si el ámbito del mercado de productos de referencia es estrecho, el valor de las ventas se reducirá; si el ámbito es amplio, el valor de las ventas será mayor. Las Directrices sobre Multas de la UE señalan claramente que los bienes o servicios directa o indirectamente relacionados con la infracción están incluidos en el ámbito del producto de referencia, así como los bienes o servicios directamente relacionados con la infracción. Una de las razones para incluir productos o servicios relacionados indirectamente con la infracción es que las disposiciones para la fijación horizontal de los precios para un producto determinado puede a su vez afectar el precio de los productos que son sustitutos próximos de éstos (nota al pie (6), Directrices sobre multas de la UE). Especialmente en la medida en que esos sustitutos cercanos son vendidos por la empresa implicada, los beneficios adicionales de estos productos también se deben considerar como derivados de la actividad ilegal.

4.2 *Determinación del porcentaje del volumen de ventas*

43. La multa base es generalmente un porcentaje del volumen de las ventas durante el período de referencia

44. Ciertas jurisdicciones aplican el porcentaje máximo del volumen de ventas, tal como se muestra en la Tabla 4.

Tabla 4: Multas base máximas

Jurisdicción	Máximo % del volumen de ventas para la multa base
UE	30%
Canadá	20%
Colombia	30%
Alemania	30%
Japón:	Dependiendo del tamaño de la empresa y del tipo de negocio
Corea.	Por abuso de dominancia, muy grave:1.5-2%, grave:1-1.5%, menos grave:0,3-1%, Para los cárteles, muy grave: 7-10%, grave: 3-7%, menos grave: 0.5-3%
México	1.500.000 Veces el salario mínimo general en el Distrito Federal
Países Bajos.	30% (menos graves -- comenzar con 10% graves -- comenzar con 10-20% muy grave -- comenzar con 15-30%)
Portugal	30%,
España:	Desde 10% hasta 30%
Reino Unido	10%,
EE.UU.	A partir de 20%

Fuente: Fuentes diversas de la RICE, la OCDE y nacionales.

45. Hay muchos métodos para la determinación del porcentaje del volumen de ventas que se utilizará.

46. En el Reino Unido, de acuerdo con las directrices de la OFT sobre multas, la multa base no puede superar el 10% del volumen de negocios de las empresas. En la Unión Europea, Alemania, Italia, y en

muchas otras jurisdicciones, especialmente en Europa, las autoridades competentes podrán decidir sobre un máximo de 30% del valor de las ventas para determinar la multa base, en función de la gravedad de la infracción. Por lo tanto, por ejemplo, por debajo del máximo porcentaje, la Comisión Europea tiene la facultad discrecional de determinar el porcentaje entre el 0 y el 30%, caso por caso, para todos los tipos de infracción, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso.³⁹ Sin embargo, en las infracciones más graves, como la fijación de precios, los acuerdos de reparto de mercados, y las violaciones a los toques de producción, la proporción sería cercana al 30 %. Por otra parte, puede añadirse 15% a 25% del volumen de ventas de un año (llamado "cuota de ingreso") para los delitos más graves.

47. En los EE. UU., la multa base por manipulación de licitaciones, fijación de precios o acuerdos de reparto de los mercados entre competidores se establece comúnmente en un 20% del volumen de ventas de la organización en el mercado afectado, por la duración de la infracción.⁴⁰

48. La Comisión de Comercio Justo de Japón (JFTC) también adoptó el concepto del volumen de ventas relevante (el importe de las ventas de bienes y servicios relacionados con la infracción en el mercado afectado durante la duración de la infracción) como base de las multas y las multas base se relacionan con una proporción de las ventas pertinentes. Sin embargo, el sistema de multas de Japón es diferente al de otras jurisdicciones. Por un lado, la proporción del volumen de ventas se define en función del tamaño de la empresa (grande, mediana o pequeña) y el tipo de empresa (fabricante, mayorista o minorista). Por ejemplo, las tarifas de recargo para fabricantes y detallistas de gran tamaño en un delito de cártel se fijarían en 10% y 3% respectivamente, mientras que para los pequeños y medianos fabricantes sería de 4% y 1.2 % respectivamente. Estas tasas, que se muestran en la Tabla 5, fueron aumentadas en el 2005, mediante la revisión de la Ley de competencia. Se fijó una tasa de recargo en función del promedio de ventas y de una tasa de ganancias ordinaria, de acuerdo con el tipo de industria en las estadísticas empresariales durante los últimos diez años. No hay ninguna diferencia en los delitos de cártel entre la gravedad de la infracción, como una infracción leve o una infracción muy grave (sin embargo, las multas por monopolio privado se clasifican por el tipo de conducta (tipo de control o tipo de exclusión) y el tipo de negocio (fabricantes, comerciantes o mayoristas). Por otra parte, la autoridad de competencia no tiene facultades para decidir la tasa, ya que ésta es fija. Sin embargo, la forma de calcular el importe de las multas es simple y clara, de manera que las empresas pueden fácilmente hacer una estimación de la multa que pueda derivarse de la infracción.

³⁹ Las Directrices de multas de la Unión Europea, en el párrafo 22, enuncian: "Con el fin de decidir si la proporción del valor de las ventas que ha de considerarse en un caso dado debe encontrarse en la extremo inferior o en el extremo superior de la escala, la Comisión tendrá en cuenta una serie de factores, como la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado combinada de todas las empresas de que se trate, el alcance geográfico de la infracción y si la infracción se ha llevado a cabo o no."

⁴⁰ Las Directrices federales de Sentencias que se introdujeron en noviembre de 1987, Sección 2.R1.1(d) se refieren a alteración de licitaciones públicas, fijación de precios y reparto de los mercados. Esta sección, en la subsección (d), ofrece instrucción especial para las multas a las organizaciones: "En lugar de la pérdida pecuniaria prevista en la subsección (a)(3) de §8C2.4 (Multa Base), utilice un 20% del volumen del comercio afectado". De acuerdo con la sentencia *Booker* de la Corte Suprema de 2005, las Directrices federales de Sentencias no pueden ser consideradas como obligatorias aunque puede considerarse como recomendaciones.

Tabla 5: Tasas para multas base de cárteles y monopolización, Japón

	Cártel y manipulación de licitaciones públicas		Monopolio privado	
	Grandes empresas	Medianas y Pequeñas empresas	Tipo de Control	Tipo excluyente
Fabricación, construcción, transporte etc.	10%	4%	10%	6%
Venta al por menor	3%	1.2%	3%	2%
Mayoristas	2%	1%	2%	1%

49. En cambio, en Ecuador, Corea, Perú y España, la gravedad de la infracción se clasifica en tres grupos: leve, grave o muy grave, no sólo en función de la naturaleza de la infracción, sino también de otros factores cualitativos o cuantitativos, como su repercusión en el mercado y la cuota de mercado del infractor. Cada tasa de imposición se aplica según el grado de gravedad.

- Por ejemplo, en Corea, la fijación de precios para el mercado nacional es una infracción muy importante, por lo que la tarifa de imposición que se aplicará es del 7% al 10% del volumen de ventas, mientras que la fijación de los precios para un mercado limitado regional puede ser considerada como una infracción poco importante, así que la imposición será del 0.5% al 3%. La tarifa de recargo básico se calculará multiplicando el volumen de ventas por la imposición de la respectiva importancia de la infracción, por el tipo de infracción, como en la Tabla 6.

Tabla 6: Tarifas de multas para cártel y abuso de dominancia, Corea

Grado de importancia	Tarifa de imposición para práctica desleal concertada	Tarifa de imposición para abuso de dominancia de mercado
Infracción muy importante	Mínimo 7.0%, máximo 10.0%	Mínimo 1.5%, máximo 2.0%
Infracción Importante	Mínimo 3.0%, máximo 7.0%	Mínimo 1.0%, máximo 1.5%
Infracción poco importante	Mínimo 0.5%, máximo 3.0%	Mínimo 0.3%, máximo 1.0%

- En España, el comportamiento colusorio entre empresas que son no competidoras reales o potenciales, se clasifica como una infracción grave, mientras que el comportamiento colusorio entre empresas competidoras reales o potenciales se clasifica como una infracción muy grave. Sin embargo, las proporciones del volumen de ventas total aplicadas a los tres grados de gravedad de la infracción son diferentes de las de Corea. Por ejemplo, la autoridad de competencia puede imponer multas de hasta el 1% de la facturación total por una infracción leve, multas de hasta el 5% de la facturación total por una infracción grave, y multas de hasta el 10% de la facturación total por infracciones muy graves.
- En Ecuador y en Perú, las infracciones se clasifican en leves, graves o muy graves. Las sanciones por faltas leves, graves y muy graves podrán ser de hasta 8%, 10% y 12% respectivamente del total del volumen de ventas de la empresa en el ejercicio anterior.

50. La discreción de los agentes judiciales para determinar los niveles de multas base difiere entre jurisdicciones. En la UE, Alemania y el Reino Unido, el régimen de multas deja un mayor margen de discrecionalidad a los funcionarios encargados de decidir el porcentaje del volumen de ventas pertinentes, a diferencia de los regímenes de multas de EE. UU. y Japón. En los EE.UU., el DJ o los tribunales deciden la proporción del volumen de ventas afectado de acuerdo con las Directrices Federales de Sentencias. En el Japón, la JFTC no tiene facultades para aumentar o disminuir la cantidad de recargo al tomar en cuenta las

circunstancias particulares de las empresas implicadas, ya que la tarifa de recargo se calcula automáticamente en función del tamaño de la empresa y el tipo de negocio.

51. Cuando los agentes judiciales tienen un considerable poder discrecional para establecer la multa base, la transparencia y la previsibilidad pueden resultar sacrificadas. A fin de mejorar la previsibilidad en sistemas con gran discrecionalidad, es particularmente importante que las autoridades de defensa de la competencia o los tribunales de estas jurisdicciones expliquen por qué se escogió un determinado volumen de ventas, porcentaje y período.

52. Por otro lado, cuando la norma o el rango de evaluación de la gravedad se clasifica de manera detallada (como en Corea) o se fija como porcentaje del volumen de ventas, según el tamaño de la empresa o tipo de empresa (como en el caso de Japón), la autoridad de la competencia pierde flexibilidad para aplicar la tarifa en función del impacto real en el mercado en un modelo caso por caso.

4.3 La duración de la infracción;

53. La mayoría de las jurisdicciones tienen en cuenta la duración total de la participación de cada empresa en la infracción al determinar la multa base para esa empresa. Se utiliza la duración en lugar de depender de multas limitadas a uno o varios años, porque cuanto más largo sea el período de la infracción, mayor será la ganancia pecuniaria para las empresas implicadas y los daños pecuniarios para los consumidores. Si se dispusiera una duración máxima que es inferior al período de infracción se reduciría el efecto de disuasión.⁴¹ Existen diferencias entre países sobre la manera de combinar la duración de la infracción con el volumen de ventas.

54. En la UE, el valor de las ventas es igual, en general, a las ventas de la empresa durante el último año de su participación en la infracción (párrafo 13, Directrices sobre multas de la UE). El valor de las ventas en el último año se multiplica por el número de años de la infracción. Los períodos de menos de seis meses se contarán como medio año, mientras que los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se contarán como un año completo (Reglamento de la UE 1/2003, apartado 24). Esta técnica facilita la tarea de la autoridad de competencia para determinar el día y el día de finalización de la infracción y también ayuda a garantizar que esté disponible la información necesaria para el cálculo del volumen de ventas.⁴²

55. Si bien hay una serie de ventajas en el redondeo, también hay una desventaja. El último año de actividad de cada una de las empresas implicadas en la fecha en que fue adoptada la decisión puede no reflejar con suficiente fidelidad la situación financiera del infractor. Es posible que el infractor haya tenido un volumen de ventas bajo en el último año, y que en cambio haya obtenido anteriormente un volumen de ventas sustancialmente mayor (o menor). Tomemos como ejemplo un cártel de fijación de precios de tres años en el que el primer año los ingresos por ventas debidas a la infracción fue de 50 millones de dólares, el segundo año de 60 millones de dólares y el último año (el año anterior a la sentencia) fue de \$40 millones de dólares, los valores de las ventas serán de \$40 millones x 3 años = 120 millones de dólares, mientras que el valor real de las ventas es de 150 millones de dólares.

56. En otras jurisdicciones (por ejemplo, Alemania, los Países Bajos, la República de Corea y los EE. UU.) la longitud del período de infracción entra por completo en la multa base porque el comercio de referencia es tomado como el volumen de ventas de la empresa durante el período de la infracción. Por

⁴¹ En algunos países, la presencia de limitantes puede afectar la posible duración.

⁴² Si una infracción se prolonga por 10 años, y el volumen de ventas se calcula por separado para cada año de la infracción, la recopilación de información pertinente para calcular con exactitud las cifras del volumen de ventas de años pasados puede ser difícil o imposible.

ejemplo, si aplicamos el caso anterior, los valores de las ventas será de $\$50+\$60+\$40=150$ millones de dólares. Este enfoque se traduce en penas más duras para las empresas cuyo volumen de ventas disminuyó durante la duración de la infracción y las multas más bajas para las empresas cuyo volumen de ventas aumentó. Por lo tanto, el volumen de ventas relevante puede ser proporcional a la duración de la infracción. Sin embargo, la autoridad de defensa de la competencia se enfrenta a una pesada carga para probar cuáles fueron el día de inicio y el día de finalización de la infracción. A veces, los tribunales podrán cancelar o anular una decisión si no hay prueba suficiente de cualquiera de esas dos fechas, o en el caso en que el infractor haya interrumpido la acción infractora durante parte del período comprendido entre el inicio y el fin de la infracción.

57. Japón tiene un estatuto que limita la duración pertinente de la infracción. Cuando el período de infracción es superior a tres años, la duración será igual a los tres años previos a la fecha en que las actividades del negocio que constituye la infracción se suspendieron⁴³. Esto puede reflejar la dificultad para obtener los documentos o pruebas pertinentes para calcular la multa base para un período de más de tres años. Los críticos sugieren que tres años es demasiado breve y que la limitación del período de ejecución no tendrá una acción disuasiva suficiente para las violaciones activas desde hace mucho tiempo.

58. España ha adoptado coeficientes de ponderación que ponen mucho más énfasis en los efectos recientes que en los antiguos. Estos coeficientes se encuentran en la Tabla 7. Un coeficiente de ponderación se aplica a partir del año 1 (el año más reciente en el que la infracción tuvo efectos), y se reduce en un 25% del volumen total de ventas por año hasta el cuarto año. A partir del séptimo año en adelante la ponderación es de 5% por cada año.⁴⁴ Bajo el sistema de ponderación español, el resarcimiento de infracciones antiguas es extremadamente bajo. Los críticos podrían sugerir que las ponderaciones no serían suficientes para disuadir a los cárteles con una larga vida.

Tabla 7: Ponderaciones españolas que se aplican a las ventas en el tiempo que duró la infracción

Ventas para el año	Ponderación
1	1.00
2	0.75
3	0.50
4	0.25
5	0.15
6	0.10
7 y más	0.05

Fuente: Aportación de España al FLC, septiembre de 2013.

5. Circunstancias atenuantes y agravantes

59. Después de que se ha establecido la multa base, muchos regímenes toman en cuenta las circunstancias relacionadas con la infracción y el infractor.

60. En los EE. UU., por ejemplo, se calcula una "puntuación de culpabilidad",⁴⁵ y el multiplicador de esta calificación se aplica a la multa base de 20% del volumen de ventas. Entre los factores que se toman

⁴³ The Private Monopolization and Unreasonable Restraint of Trade, Artículo 7-2 (1), (4).

⁴⁴ Contribución de España para el FLC, septiembre de 2013.

⁴⁵ Kathleen M. Beasley, "Application of the Federal Sentencing Guidelines to Organization in Antitrust Cases: A Practical Guide" (Taller Internacional sobre cárteles, febrero de 2010), pág. 4 "To find the organization's Culpability Score".

en cuenta en una puntuación de culpabilidad se encuentra la participación de los directivos de alto nivel, con una mayor acumulación de puntos para las grandes corporaciones que para las empresas pequeñas, la historia previa, la violación de una orden existente, la obstrucción de la justicia, contar con un programa efectivo de cumplimiento y la autoevaluación y la aceptación de la responsabilidad.⁴⁶ De acuerdo con una de las instrucciones especiales del §2R1.1(d), el mínimo multiplicador por haber violado la Ley Sherman debe ser de al menos 0,75, para que el mínimo de la tarifa aplicada a la multa sea por lo menos el 15% del volumen del comercio afectado, si no se hace ningún otro ajuste.

61. Las circunstancias agravantes y atenuantes más comunes se enumeran en la Tabla 8:

Tabla 8: Circunstancias agravantes y atenuantes

Circunstancias agravantes		Circunstancias atenuantes
1	Reincidencia	Política de cumplimiento efectivo
2	Papel de liderazgo o instigador en la infracción	Papel menor
3	Coacción o medidas de represalia para asegurar la continuidad de la infracción	Presión ejercida por otras empresas
4	Negativa a cooperar	Cooperación con la autoridad de defensa de la competencia (excepto para las solicitudes de indulgencia)
5	Continuación de la infracción después del inicio de la investigación de la autoridad de competencia	Terminación inmediata de la infracción
6	Conocimiento de la naturaleza ilícita de la conducta (cometido intencionalmente)	Incertidumbre en cuanto a la existencia de una infracción
7	Naturaleza institucionalizada de la infracción	Motivada por autorización o aliciente público
8	Importancia de la industria influenciada	No ejecución de la infracción
9	Participación del director o de ejecutivos de alto nivel	Reacción lenta/duración excesiva de los procedimientos ante la autoridad de la competencia
10	Violación de una orden judicial o de una condición de libertad condicional	Indemnización de las partes afectadas

62. A continuación se exponen las circunstancias más comunes e importantes.

5.1 *Reincidencia*

63. Un reincidente es quien comete una infracción repetidas veces. La mayoría de los regímenes de multas considera que las infracciones repetidas de la misma empresa deben tenerse en cuenta al fijar el importe de la multa. El hecho de que una empresa viole la ley de defensa de la competencia una vez más implica que el nivel de multa aplicado inicialmente no disuadió a la empresa a infringir la ley de defensa de la competencia. La reincidencia tiene un peso significativo en el cálculo del importe de la multa en la UE, por ejemplo, donde puede conducir a un aumento del 100% por cada infracción anterior.

64. Algunas instituciones sancionadoras aplican multas por reincidencia en términos generales, como un factor agravante. La reincidencia es uno de las circunstancias agravantes más comunes en las decisiones de la Comisión Europea. La reincidencia aplica sólo a una infracción "igual o similar".⁴⁷ Si la naturaleza de la conducta es tan similar que los directivos de una empresa deberían considerar razonablemente que su

⁴⁶ Ver Manual de Directrices Federales de Sentencias, 2012 §8C2.5, **sobre las puntuaciones de culpabilidad**. http://www.ussc.gov/Guidelines/2012_Guidelines/Manual_HTML/8c2_5.htm

⁴⁷ Las Directrices para Multas de la UE, en el párrafo 28 enuncian "cuando una empresa continúa o repite la misma infracción o una similar después de que la Comisión o una autoridad nacional de competencia ha hecho un diagnóstico de que la empresa ha infringido el artículo 101 o 102: el importe de base se incrementará hasta un 100 por ciento para cada infracción determinada".

conducta puede violar la misma regla, esto puede ser suficiente para constituir una infracción similar. Cuando una empresa ha participado en un cártel, todos los tipos de comportamiento se consideran "similares", sin importar el objetivo exacto de la colusión (fijación de precios, reparto de mercados, intercambio de información sensible). Sin embargo, cuando se violan normas diferentes, tales como cártel y abuso de dominancia, la segunda infracción no es, en general, una "infracción similar".^{48 49}

65. Un largo lapso de tiempo transcurrido entre dos infracciones puede impedir un dictamen de reincidencia. A veces el plazo máximo entre la infracción pasada y la actual es usado por las autoridades de competencia. España considera que un infractor puede ser reincidente en un período de 10 años.⁵⁰ La reincidencia en el Reino Unido sólo abarca los últimos 15 años. En Corea, la reincidencia dentro de los 3 años en al menos 3 delitos, aumentará la multa base en un 20%, 4 veces en 3 años aumentará la multa base en 40% y 5 veces en los últimos 3 años aumentará la multa base en un 50%. En Japón, hay un recargo para los reincidentes dentro de un plazo de 10 años del 50% de la multa base. La autoridad francesa de la competencia no espera aplicar sanciones por reincidencia a una empresa cuando el período de tiempo entre las infracciones supera los 15 años.⁵¹ En la UE, sin embargo, no hay un límite máximo de tiempo predeterminado entre distintas infracciones.

5.2 *Efecto real de la infracción*

66. Mientras que puede ser difícil medir el efecto real de la infracción, las circunstancias relacionadas con los efectos a veces son tomadas en cuenta como circunstancias agravantes o atenuantes. Los puntos considerados generalmente incluyen:

- Si no hay o no ejecución de la infracción;
- Si la infracción ha continuado después de que la investigación del organismo de defensa de la competencia se da a conocer.
- Si la infracción se interrumpió inmediatamente después de que el organismo de defensa de la competencia hubiera iniciado la investigación; o
- Si el infractor adoptó medidas para compensar los efectos negativos y compensar a las partes afectadas tras la infracción a la ley de defensa de la competencia.

⁴⁸ Geradin (2011) p 40, sección 9 A(1) a (3) Ley de deshabilitación de directores de compañía.

⁴⁹ En Corea, los diferentes tipos de infracción para determinar la reincidencia están especificados en la guía "Anuncio sobre normas detalladas, etc. para la imposición de recargos" II (definición) 11. Los tipos de infracción se pueden clasificar en 5 tipos, a saber: i) abuso de dominancia de mercado (Párrafo (1), Artículo 3-2 de la Ley), (ii) Violación del reglamento contra la concentración del poder económico (Párrafo (2) a Párrafo (5), Artículo 8-2; Artículo 9; Párrafo (1), Artículo 10; Párrafo (1), Artículo 10-2; Párrafo (1), Artículo 17-2), iii) prácticas desleales concertadas (Artículo 19), actividades prohibidas de las organizaciones empresariales (Párrafo (1), Artículo 26) y participación en actividades prohibidas de organizaciones de empresarios (Párrafo 2), Artículo 28), iv) prácticas comerciales desleales (excluyendo las actividades de apoyo desleales) (Párrafo (1) a Párrafo (5), Párrafo (8), Artículo 23), mantenimiento del precio de reventa (Artículo 29), conclusión de acuerdos internacionales desleales (tema 7, Párrafo (7), Artículo 23), v) y actividades de apoyo desleales (tema 7, Párrafo (1), artículo 23).

⁵⁰ Contribución de España al FLC septiembre de 2013.

⁵¹ El anuncio francés del 16 de mayo de 2011 respecto al Método relativo a la fijación de penas financieras ya establece que "el período de tiempo que va desde la constatación de la infracción hasta el punto de partida de la práctica de que se trata se tomará en cuenta para abordar, de manera proporcionada, la propensión de la empresa o entidad implicada a liberarse de las normas de la competencia; la Autorité no tiene la intención" de aplicar la reincidencia a una empresa o entidad cuando este período de tiempo sea mayor de 15 años (párr. 51).

67. En España, de conformidad con el artículo 64.3 de la ley de defensa de la competencia, "la realización de actos que pongan fin a la infracción", "la no aplicación efectiva de la conducta prohibida", y "la realización de acciones destinadas a la reparación de los daños causados" se tendrán en cuenta como circunstancia atenuante para compensar parcialmente la pena. En Japón, la multa para las empresas que hayan dejado de cometer una infracción desde un principio se reduce en un 20% del monto básico. En Corea, la multa para miembros de un cártel que no pusieron en práctica el acuerdo puede reducirse hasta en un 30% del monto básico.

5.3 *Distinción entre intención y negligencia*

68. Con el fin de evitar que las empresas repitan los delitos en el futuro, así como para lograr un nivel de disuasión suficiente, a veces se hace una distinción entre infracciones cometidas intencionalmente y las que son resultado de la negligencia. Muchas jurisdicciones, como la UE, Alemania, Corea y el Reino Unido, distinguen entre infracciones intencionales y por negligencia a la ley de la competencia. Por ejemplo, en el Reino Unido, las empresas que obtengan asesoramiento jurídico profesional acerca de una práctica que más tarde se considerará colusoria pueden apelar a la existencia de esta asesoría como elemento de defensa contra las sanciones penales.⁵² De acuerdo con las Directrices de multas de la UE, la multa base podrá reducirse cuando la empresa aporte pruebas de que la infracción se cometió a resultas de una negligencia. Mientras que un número de jurisdicciones reducen las multas cuando una empresa es negligente, estos enfoques pueden desalentar el establecimiento de programas de cumplimiento y otras medidas preventivas.⁵³ Por lo tanto no hay un acuerdo universal sobre si la negligencia debe ser un factor atenuante o la intención un factor agravante.

5.4 *Papel de la empresa en la infracción colectiva*

69. Cuanto más esté implicada una empresa en una actividad ilegal, más responsable se considerará a la empresa de los daños que resulten de dicha actividad. Las jurisdicciones pueden tener en cuenta el papel activo o pasivo del infractor en la infracción, como una circunstancia atenuante o agravante para la disuasión y la proporcionalidad.

- En la UE, de acuerdo con las Directrices sobre multas, la multa base puede aumentar cuando la Comisión considera que la empresa ha sido instigadora o líder de la infracción, o que la empresa tomó medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción o que la empresa tomó medidas de represalia contra otras empresas para continuar la infracción.
- Por ejemplo, de acuerdo con las Directrices de multas de Corea, cuando está claro que una empresa inició o desempeñó un papel principal en la infracción, esto puede considerarse como un factor agravante, con un incremento de 30% por encima de la multa base. Si la empresa también amenazó o tomó acciones de represalia contra otras empresas a fin de garantizar que los demás incurrieran en la infracción, la empresa estaría sujeta a un aumento adicional del 20% de la multa. Por el contrario, si se ha demostrado que la participación de la empresa fue forzada e inevitable, la multa base puede reducirse hasta en un 30%.
- En España, de conformidad con el artículo 64.2 b) c) de la ley de defensa de la competencia "la posición de líder o instigador de la infracción" y "la adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de la conducta que constituye la infracción" se tienen en cuenta como circunstancia agravante para fijar el importe de la multa.

⁵² Sección 188B de la Ley de Reforma de Empresas y Reglamentación de 2013.

⁵³ Los programas de cumplimiento pueden establecer el conocimiento que garantice que los gerentes que cometen una infracción a la ley serán conscientes de la infracción y estarían violando la ley intencionalmente.

5.5 *Cooperación con las autoridades encargadas de la investigación*

70. Los ajustes de la multa base basados en la cooperación ofrecen a las empresas incentivos para cooperar con las investigaciones y no obstruir las investigaciones. Estos ajustes no sólo ayudan a asegurar una rápida resolución de los casos y una mejor base de evidencia para los reclamos hechos por las autoridades investigadoras, sino que además aumentan el efecto de los recursos públicos asignados al cumplimiento de la ley de competencia. La cooperación es el factor atenuante más común considerado por los encargados de hacer cumplir la ley de competencia al ajustar las multas base.⁵⁴

71. Muchas jurisdicciones tienen en cuenta factores relacionados con la cooperación o la obstrucción de la investigación como circunstancia agravante o atenuante.

- En la UE, de acuerdo con las Directrices para multas, la multa base puede aumentar en caso de que la Comisión considere que la empresa se niega a cooperar u obstruye la investigación. La multa base puede disminuir cuando la empresa ha cooperado eficazmente con la Comisión fuera del ámbito de Comunicación de Indulgencia y más allá de su obligación legal de hacerlo.
- En España, de conformidad con el artículo 64.2 d) y 64.3d) de la ley de defensa de la competencia "la falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora" y "la activa y eficaz colaboración con la Comisión Nacional de Competencia" se tendrán en cuenta como una circunstancia agravante o atenuante para determinar el importe de las multas.
- En los EE. UU., en virtud de las Directrices Federales de Sentencias, §8C2.5, EE.UU. considera "cualquier obstrucción de la justicia" y "la cooperación y la aceptación de la responsabilidad" como factores de la puntuación de culpabilidad a la hora de determinar un multiplicador mínimo o máximo, después del ajuste de la multa base.⁵⁵
- En Corea, una multa base para una empresa podrá incrementarse hasta en un 30% si ésta se niega a proporcionar información, interfiere con la investigación, ignora la investigación, u oculta activamente los actos ilegales de la infracción. La multa base puede reducirse hasta en un 30%, cuando la empresa coopera activamente reconociendo en forma consistente todos los actos ilícitos desde la etapa de investigación del inspector hasta el final de la audiencia de la Comisión, presentando material informativo o mediante testimonio.

6. **Imposibilidad de pagar de la compañía multada**

72. La capacidad de pago rara vez se toma en cuenta a la hora de fijar las multas. Podría decirse sin embargo que la capacidad de pago podría haber sido tenida en cuenta a la hora de fijar los techos en los niveles de multa.⁵⁶

73. Las multas que son lo suficientemente grandes para prevenir una conducta ilegal a veces pueden ser bastante grandes, en comparación con las ganancias anuales. Las grandes multas a veces pueden forzar a una empresa a entrar en proceso de liquidación, lo que se traduce en un número menor de competidores.

⁵⁴ Véase RICE (2008) Gráfica B, p 29.

⁵⁵ Kathleen M. Beasley, "Application of the Federal Sentencing Guidelines to Organization in Antitrust Cases: A Practical Guide" (Taller Internacional sobre cárteles, febrero de 2010). "Si la organización intencionalmente obstruyó o impidió, trató de impedir o entorpecer, o ayudó, incitó o alentó la obstrucción de la justicia durante la investigación, enjuiciamiento o condena por la presente infracción o, con conocimiento de dichos procedimientos, omitió tomar medidas razonables para prevenir la obstrucción o impedimento o intento de obstrucción o impedimento, agregar 3 puntos." § 8C2.5(e).

⁵⁶ Véase RICE (2008) p. 26 para Hungría.

Para evitar perder competidores, algunos responsables de hacer cumplir la ley no consideran la capacidad financiera de las empresas implicadas para pagar una multa. En particular, algunas autoridades consideran que la imposición de multas a las pequeñas empresas especializadas, como las PyMEs monoproductivas, las afectan en forma más negativa que a otras empresas grandes y diversificadas, porque las multas se aplicarían a toda la actividad de una PyME monoproductiva. Algunas autoridades de competencia consideran explícitamente "la incapacidad de pagar" a fin de evitar la liquidación de las pequeñas empresas especializadas.

74. No todas las jurisdicciones consideran la incapacidad de pagar las multas. Por ejemplo, México no podía tomar en cuenta la capacidad de una empresa implicada para pagar una multa al determinar la multa (RICE (2008, p. 26).

75. Incluso entre las jurisdicciones que toman en cuenta la capacidad de pago, una reducción del nivel de multas para asegurar la capacidad de pago puede no ser frecuente. De acuerdo con las Directrices sobre multas de la UE, párrafo 35, la Comisión Europea podrá tener en cuenta la capacidad de pago cuando "la imposición de la multa... comprometería irremediablemente la viabilidad económica de la empresa en cuestión y causaría que sus activos perdieran todo su valor". Esta reducción sólo se concederá si la incapacidad de pago está relacionada con el contexto general social y económico, y no a partir de la mera constatación de una situación financiera negativa o deficitaria. La Comisión Europea ha ajustado los niveles de multas sólo una vez en respuesta a una preocupación sobre la capacidad de pago. (Véase Recuadro 1.)

Recuadro 1. Capacidad de pago en un cártel del acero pretensado

La Comisión de la UE concedió su primera reducción de multa sobre la base de la incapacidad de pagar en 2010, en el caso del *Cártel del acero pretensado*. La empresa Almamet obtuvo un 20% de reducción de la multa. A pesar de la reducción, Almamet apeló ante el Tribunal General pidiendo la anulación de la multa en el mes de febrero de 2010, diciendo que como pequeña empresa con un número muy limitado de productos, una multa de 3 millones de euros sería "excesiva y desproporcionada". La compañía registraba un beneficio anual de entre 400 mil y 500 mil euros en los últimos años. En diciembre de 2012, el tribunal mantuvo la decisión de la Dirección General de Competencia de multar a Almamet por tomar parte entre 2004 y 2007 en un cártel para fijar el precio del carburo de calcio, escribiendo que "Contrariamente a la opinión al parecer tomadas por el solicitante, la posibilidad de su insolvencia no es, en sí misma, suficiente para llegar a la conclusión de que la multa impuesta es desproporcionada... La Comisión no está obligada, en principio, a la hora de determinar la cuantía de la multa, a tener en cuenta la mala situación financiera de la empresa de que se trate, habida cuenta de que el reconocimiento de tal obligación equivaldría a dar una ventaja competitiva injustificada a las empresas menos adaptadas a las condiciones del mercado". El Tribunal añadió que "[c]on respecto a las referencias del solicitante a sus beneficios... la multa impuesta por infracción de las normas de competencia persigue un objetivo no sólo preventivo, sino también de carácter punitivo. El Tribunal ya ha afirmado, teniendo en cuenta ese aspecto punitivo, que una multa impuesta por la participación en un cártel en infracción de las normas de la competencia no puede ser fijada en un nivel que simplemente niega las ganancias del cártel. Así pues, el hecho de que la multa impuesta a una empresa es considerablemente mayor que todo su beneficio neto en el ejercicio, en sí mismo no es suficiente para llegar a la conclusión de que la multa es desproporcionada".⁵⁷

⁵⁷

Comunicado de prensa de la CE, Bruselas, 22 de julio de 2009, artículo "Antitrust: Commission fines suppliers of calcium carbide and magnesium based reagents over €61 million for price fixing and market sharing cartel", Artículo "Almamet appeal questions excessive damages". Rosalind Donald: Martes 2 de febrero de 2010. Artículo, titulado "Tribunal General rechaza apelación por incapacidad de pago". Stefano Berra, Viernes 14 de diciembre de 2012. Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) 12 de diciembre de 2012. Almamet GmbH Jandel Mit Spanen und Pulvern Aus Metall vs. Comisión Europea.

76. El Recuadro 2 brinda orientación jurisdiccional respecto a si, y en qué condiciones, el ejecutor de la ley de defensa de la competencia puede reducir las multas por incapacidad de pago.

Recuadro 2. Política jurisdiccional sobre la incapacidad de pago

Unión Europea

Según las Directrices de multas de la UE, párrafo 35, "en casos excepcionales, la Comisión podrá, previa solicitud, tener en cuenta la incapacidad de la empresa para pagar en un determinado contexto social y económico. No basará cualquier reducción de la multa concedida por esta razón en la simple constatación de una situación financiera adversa o deficitaria. Se concederá una reducción únicamente sobre la base de pruebas objetivas de que la imposición de la multa prevista en estas Directrices, comprometería irremediablemente la viabilidad económica de la empresa de que se trate y provocaría la pérdida total de valor de sus activos."

Brasil

Las autoridades brasileñas pueden tomar en cuenta la capacidad de pago a la hora de determinar el importe definitivo de la multa.⁵⁸

EE.UU

Según las directrices de los EE. UU., los tribunales pueden reducir la multa en el caso de que ésta pueda afectar la capacidad de la empresa para garantizar la indemnización de las víctimas de las acciones ilegales.

Alemania

En la República Federal de Alemania, si una empresa demuestra que no podría pagar la multa en el corto plazo, el Bundeskartellamt puede emitir una orden de aprensión para el deudor o autorizar el pago diferido.

Corea

(1) La tarifa se puede reducir hasta un 50% del recargo optativo si se considera excesivo el importe del recargo. Se debe tener en cuenta, entre otras, las circunstancias siguientes: como consecuencia de las capacidades de pago reales de la empresa infractora, el mercado estaba bajo la presión o perturbaciones de demanda o de oferta, o las fluctuaciones en las condiciones de negocio de la economía no fueron tomadas totalmente en cuenta, todo ello tal como se detalla a continuación. El motivo para reducir el recargo opcional se especificará en las resoluciones por escrito de la Comisión de Comercio Leal.⁵⁹

(2) Los recargos pueden ser perdonados si, en fecha del día de la audiencia, la empresa infractora se encuentra en una situación de falta de pago o cesación de pago de acuerdo con la "Ley de quiebra y rehabilitación de deudores", o si el infractor es incapaz de pagar los recargos por razones tales como que la deuda supera los activos en los estados financieros del año anterior a la audiencia.

Nueva Zelanda

Los tribunales de Nueva Zelanda han determinado que la incapacidad del demandado para pagar puede tomarse en cuenta al determinar el monto de la multa para ese demandado. No obstante, en el caso de violaciones de la ley de gran gravedad, las multas pueden llegar a niveles que harían que el acusado tenga que abandonar su negocio.

⁵⁸ Véase RICE (2008), pág. 27.

⁵⁹ Las razones pueden ser: (A) El promedio ponderado, con ponderaciones de 3:2:1, del ingreso neto tal como asentado en los estados financieros para el ejercicio inmediatamente anterior a la fecha de la audiencia, el ejercicio 2 años anterior, y el ejercicio 3 años anterior es negativo, o bien, el capital en los estados financieros se vio afectado en el ejercicio anterior; (B) El mercado o las condiciones de la industria de la empresa infractora se encuentran bajo una gran presión debido a factores tales como una repentina o continua disminución de la demanda, un repentino o continuo aumento de la oferta; (C) La economía nacional está sometida a una fuerte presión o ha sido objeto de graves presiones debido a razones tales como la guerra y factores políticos, fluctuaciones bruscas en el precio de las materias primas como el petróleo, falta de dólares y moneda extranjera, fluctuaciones bruscas en los tipos de cambio, y crisis financiera internacional; o (D) otras razones no contempladas en los anteriores párrafos (A) a (C) que hacen sumamente difícil para la empresa pagar cuando el recargo opcional se reduce dentro de un rango de 50 %.

77. Si bien los riesgos de quiebra pueden ser invocados como una razón para reducir las multas, el daño de este riesgo puede ser exagerado, ya que la quiebra no necesariamente resulta en la pérdida de presión competitiva. De un proceso de quiebra pueden surgir empresas en muchos países sin dejar de funcionar, y a veces incluso en las manos de la misma administración. La pérdida de presión competitiva se aplicaría más claramente en el caso de la liquidación de los bienes cuando los activos dejan de servir para su propósito actual.

78. Cuando las empresas podrían enfrentar dificultades para pagar una multa, los gobiernos pueden considerar alternativas, como por ejemplo establecer calendarios de pago (como Canadá), órdenes de aprehensión de deudores (como Alemania) o adquirir participación en las empresas que no están en condiciones de pagar toda su multa, por ejemplo a través de la emisión de acciones al gobierno. Estas participaciones se podrán vender, no estarían previstas como participación de largo plazo del gobierno en las empresas, y en la medida de lo posible se venderán inmediatamente después de haberse adquirido. La prestación de valores a los gobiernos mediante una participación accionaria podría reducir los riesgos de reducción del número de competidores, manteniendo al mismo tiempo el efecto de las multas.⁶⁰

7. Importe máximo de la multa e Indulgencia

79. Después de que se establece un nivel de multas, éste se revisa a menudo comparándolo con el nivel máximo de la multa. La Tabla 9 muestra los niveles máximos de multas para una selección de jurisdicciones. Una multa que de otra forma superaría el máximo generalmente se reduce hasta el nivel máximo. Los niveles máximos de multas existen para garantizar que los límites de la actividad de la imposición de multa estén claramente delimitados.

Tabla 9: Multas máximas por tipo de delito, selección de jurisdicciones

	Importe máximo de la multa a las empresas (límite máximo estatutario de la multa final)	Importe máximo de la multa para las personas
UE	10% del volumen de ventas a escala mundial durante el ejercicio anterior (es decir, no limitado al mercado abarcado por el cártel)	No
Brasil	20% de los ingresos brutos de la empresa (incluido el grupo de empresas) en el año anterior al comienzo de la investigación	Sí (entre 1 y 20% de la multa impuesta a su empresa)
Canadá	Para los cárteles, la multa máxima es 25 millones de dólares canadienses, por abuso de dominancia, la multa máxima es 10 millones de dólares canadienses	Sí (CND 400,000, o 14 años)
Chile:	20.000 Unidades tributarias (aproximadamente 19 millones de dólares en 2013) por abuso de dominancia o delitos diferentes al de cártel, 30.000 unidades tributarias (aprox 28,5 millones de dólares en 2013) para los cárteles	30.000 Unidades tributarias (aprox 28,5 millones de dólares en 2013)
Colombia	10% de los ingresos totales durante el último ejercicio y 100.000 salarios mínimos legales mensuales actualizados (CMMLW, por sus siglas en inglés) (30 millones de dólares) o 150% de los ingresos derivados de la conducta infractora	Sí (2.000 CMMLW, USD 700,000)
República Dominicana	Para delitos diferentes al de cártel, entre 200 y 3000 veces el salario mínimo; para el delito de cártel, entre 30 y 3000 veces el salario mínimo	Sí

⁶⁰ Los Gobiernos obtienen participación accionaria en una serie de empresas (p. ej., AIG, Allied Irish Bank, Citibank, GM, HBOS, Lloyds), como una aportación de valor a raíz de la crisis financiera, a cambio de apoyo financiero o de garantías financieras; pero la aportación de intereses en acciones no se ha aplicado, hasta ahora, a las multas en materia de derecho de la competencia.

Ecuador	Infracciones leves: 8% de la facturación total de la empresa en el ejercicio anterior. Infracciones Graves: 10% de la facturación total Infracciones muy graves: 12% de la facturación total	Sí (150.000 USD)
Francia	10% del volumen de ventas total de la empresa en todo el mundo en el año anterior	Sí (75.000 euros)
Alemania	10% del volumen de ventas a nivel mundial de la empresa	Sí (1 Millón de euros)
Japón	10% (grande, fabricación), 3% (grande, minorista), 2% (grande, mayorista) del importe de ventas de los bienes o servicios pertinentes	Sí (5 millones de JPY)
Corea.	Cártel - 10% del volumen de ventas Abuso de dominancia - 3% del volumen de ventas	Sí (200 millones de KRW)
México	8% del volumen anual de ventas por práctica monopólica relativa y 10% del volumen anual de ventas por práctica monopólica absoluta	Sí (200,000 veces el salario mínimo general en el Distrito Federal - aprox 1 millón de dólares)
Países Bajos.	La cantidad mayor entre 450,000 euros o el 10% del volumen de ventas a escala mundial en el ejercicio anterior a la decisión	No
Perú	Leve: 500 unidades tributarias y el 8% de los ingresos Grave - 1000 unidades tributarias y el 10% de los ingresos Muy grave: 12% de los ingresos	100 unidades tributarias (aprox 133.000 dólares en 2013)
Portugal	10% del volumen de ventas total	Sí (10% de los ingresos anuales de la persona)
España:	10% del total del volumen de ventas del ejercicio anterior	Sí (60,000 euros)
Reino Unido	10% del total mundial del volumen de ventas	Sí (ilimitado)
EE.UU.	100 Millones de dólares o el doble de las ganancias pecuniarias derivadas de la conducta criminal, o el doble de la pérdida pecuniaria causada a las víctimas del delito	Sí (1 millón de dólares o el doble de la ganancia pecuniaria bruta de los infractores procedente del delito, o el doble de la pérdida pecuniaria bruta causada a las víctimas del delito.
Venezuela	20% del volumen de ventas bruto de la empresa	Sí

80. Después de que una multa se ha ajustado para asegurarse de que está por debajo de todos los techos que aplican, se consideran reducciones de una multa basadas en la indulgencia, si procede. La indulgencia se relaciona de manera integral con el régimen de multas. El valor de la indulgencia depende de la multa que se hubiera impuesto en caso de no existir la indulgencia. Los solicitantes de indulgencia a menudo toman la delantera porque conocen el nivel de la multa de una infracción y desean evitar dicha multa. La forma en la que las multas se calcularán, como se explica en este documento, y el carácter transparente y predecible de las multas son por lo tanto importantes. Los detalles de los programas de indulgencia y la forma en que modifican las multas son muy variados. Para consultar otros estudios sobre la indulgencia, consulte la Mesa Redonda de la FLC OCDE (2009) y la OCDE mesa redonda de la OCDE (OCDE, 2012).

8. Temas generales

81. Hasta ahora se ha definido un cierto número de retos aplicables a la determinación de las multas, ya sea comunes a la cronología de ajuste a las multas, o que puedan surgir a partir de que las multas han sido determinadas. Los retos descritos a continuación se refieren a:

- Tratamiento de matrices y filiales
- Tratamiento de asociaciones profesionales y asociaciones empresariales

- Examen por apelación
- Cobro de multas

8.1 *Tratamiento de empresas matrices y filiales*

82. Las multas se imponen a la "empresa" que viola la ley de defensa de la competencia. Los límites de una empresa, tal como se definen en la ley de defensa de la competencia de cada una de las jurisdicciones, tienen una estrecha relación con el proceso de determinación de las multas y el importe final de las multas. En particular, los límites de la responsabilidad de la infracción pueden tener un efecto importante en 1) la determinación de la cantidad de volumen de ventas pertinente para el cálculo del monto básico, 2) la determinación del número de eventos de reincidencia, y 3) la determinación del monto de un techo estatutario (tope) en el total de la multa impuesta.

83. En algunas jurisdicciones, como Japón y Corea, la responsabilidad de la infracción se limita a la empresa individual que infringe la ley. En esas jurisdicciones: 1) El volumen de ventas de referencia para fijar la multa base se calcula a partir del volumen de ventas de los productos o servicios que causaron la afectación en el mercado relevante por parte de la empresa directamente implicada; 2) la existencia de reincidencia se considera exclusivamente a partir del comportamiento del infractor directamente implicado en la infracción; y 3) el techo aplicable basándose en el volumen de ventas se calcula a partir de la facturación total en la jurisdicción del infractor implicado directamente en la infracción.

84. En otras jurisdicciones, como Brasil, la UE, Portugal y Turquía, la responsabilidad de la infracción se extiende a todo el grupo económico al que pertenece el autor (incluyendo las sociedades matrices y otras filiales de las matrices y a compañías en estrecha relación, además del infractor directo). Véase el Recuadro 3 para consultar algunos ejemplos. Para esas jurisdicciones: 1) se considera el volumen de ventas total combinado de la filial y de la matriz para establecer la multa base; 2) las infracciones anteriores de otras filiales y de la empresa matriz se cuentan como reincidencia y llevan a incrementos de la multa por encima del nivel básico. Además, el volumen de ventas total combinado de otras filiales y de las empresas matrices son considerados como techo estatutario para la multa final, lo cual puede resultar en los topes mucho mayores del volumen total de ventas aumenten de manera importante, y sobre todo el importe final calculado se encuentra bajo el techo del volumen de ventas total.

Recuadro 3. Límites de una empresa

UE

En la Unión Europea, el derecho de la competencia se aplica a las "empresas". El artículo 101 y 102 de la TFUE no definen empresa, pero el Tribunal de Justicia define una "empresa" como "unidad económica" con el propósito de la materia del acuerdo en cuestión. Una unidad económica puede incluir múltiples personas físicas o jurídicas.⁶¹ La sentencia "Akzo Nobel" declara que "...hay que tener en cuenta que el derecho comunitario de la competencia reconoce que las diferentes empresas de un mismo grupo forman una entidad económica y, por consiguiente, una empresa en el sentido del artículo 81 EC y 82 EC, si las empresas de que se trata no determinan de forma autónoma su propia conducta en el mercado, sino que llevan a cabo, en todos los aspectos materiales, las instrucciones recibidas de la empresa matriz",⁶² La falta de independencia de una subsidiaria se determina sobre la base de dos elementos: la posibilidad de otra empresa de *ejercer una influencia decisiva* en su política comercial y el hecho de que la influencia o el control se *ejerza de hecho*.⁶³ Algunos autores han afirmado que "esto

⁶¹ ECJ, 12.7.1984, Hydrotherm Gerätebau GmbH/Compact, Caso 170/83, ECR 1984, 2999, párrafo no. 11

⁶² CFI, 12.12.2007, Akzo Nobel NV et al./Commission, Caso T-112/05, ECR 2007, II-5049, margin no. 58; la decisión fue confirmada por el TEJ el 10 de Sept. 2009, Caso C-97/08 P.

⁶³ ECJ, 25.10.1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG – Telefunken AG/Commission, Caso 107/82, ECR 1983, 3151, párrafo no. 50.

haría casi imposible que una empresa matriz pudiera demostrar que una filial actuó de forma independiente en el mercado."⁶⁴ Otro autor afirma "En conformidad con *Akzo Nobel*, en el caso de filiales de propiedad absoluta, hay una presunción refutable de que la empresa matriz no ejerza efectivamente esa influencia decisiva. Esta doctrina de la responsabilidad de la matriz puede tener un impacto significativo en la forma en que se calculan las multas. Es posible imponer multas potencialmente más altas, ya que el techo de 10% del monto de la multa se aplica a la facturación conjunta de la filial y la compañía matriz. Además, las normas sobre reincidencia se aplican a todo el grupo, por lo tanto aumentan de forma significativa el riesgo de que esta circunstancia agravante se aplique a la empresa en cuestión".⁶⁵

Portugal

Con las enmiendas a su ley de competencia del año 2012, Portugal tiene una definición de la empresa similar a la las decisiones judiciales 19/2012, artículo 3, de la Comisión Europea y del TEJ.

Concepto de empresa

1 - El término de empresa, para los efectos de esta ley, se aplicará a cualquier entidad que tiene una actividad económica que incluye el suministro de bienes o servicios en un mercado específico, independientemente de su condición jurídica o medios de financiación.

2 - Un grupo de empresas se considera como una única empresa, incluso si las propias empresas son entidades jurídicamente independientes, cuando estas empresas constituyen una unidad económica o mantienen vínculos de interdependencia derivados, específicamente, de los siguientes: 2

- a) La empresa así definida tiene una mayoría del capital social.
- b) tiene más de la mitad de los derechos de voto derivados de su participación en el capital.
- c) tiene el poder de nombrar a más de la mitad de los miembros de la junta directiva o del consejo de vigilancia.
- d) tiene las competencias necesarias para gestionar los negocios del grupo y de cada una de sus empresas

Brasil

En virtud de la ley anterior, en el Brasil las sanciones sólo podían calcularse sobre la base del monto del volumen de ventas de los acusados efectivamente en los procesos. Sin embargo, tras la reciente revisión de la ley del 30 de noviembre de 2011, con la modificación de la ley de competencia (ley nº 12,529/2011), Brasil pudo considerar el volumen de ventas de las matrices para determinar el importe de la multa con un rango de multa ampliado entre el 0.1 y el 20% del volumen de ventas antes de impuestos de la empresa o grupo de empresas en el sector económico afectado por la conducta en el año anterior al comienzo de la investigación.⁶⁶

8.2 Tratamiento de las asociaciones de comercio / empresariales

85. Las asociaciones de comercio y otras asociaciones empresariales desempeñan a veces un papel en las infracciones a la ley de competencia. La determinación de las multas aplicadas a las asociaciones empresariales plantea desafíos particulares.

86. El primero se refiere a la facturación correspondiente para el cálculo del importe de la multa. Si el volumen de ventas se calcula con base en el volumen de ventas de la asociación, es probable que el importe de la multa sea tan pequeño que tendrá un efecto de disuasión muy limitado. La multa sería reducida porque generalmente las asociaciones no son directamente activas como vendedores. Las autoridades de defensa de la competencia a veces levantan el velo y toman el volumen de ventas de los miembros como referencia para la multa.⁶⁷

⁶⁴ Véase Hifstetter y Ludesher (2010), pág. 7.

⁶⁵ Documento de análisis: The EU competition law fining system: a reassessment, página 16 octubre de 2011, Damien Geradin.

⁶⁶ Shaping the future of Brazil's Anti-cartel Program: Relevant changes Introduced by law no. 12,529/2011, Ana paula Martinez & Mariana Tavares de Araujo, Competition Policy International 2012.

⁶⁷ Este tipo de enfoque fue promovido por las cortes europeas, que en el pasado sostuvieron que "la exactitud de esta opinión se ve confirmada por el hecho de que la influencia que una asociación de empresas ha sido capaz de ejercer en el mercado no depende de su propio volumen de ventas, que no manifiesta ni su tamaño

87. El segundo reto es cómo hacer para que se cumpla el pago de las multas monetarias en contra de las asociaciones, ya que sus activos son a menudo limitados y pueden ser fácilmente disueltas y luego reformadas como una entidad jurídica distinta. Por esta razón, algunas jurisdicciones han introducido disposiciones en las que, si la asociación no es solvente, ésta está obligada a pedir contribuciones de sus miembros.⁶⁸

8.3 Examen por Apelación

88. En gran parte debido a la importante magnitud de muchas multas, es frecuente que haya apelaciones de las decisiones, salvo en aquellas jurisdicciones en las que predominan los acuerdos. La experiencia de las decisiones de multar con su posterior examen en apelación ha sido muy variada. El examen en apelación de las decisiones sobre el delito de cártel puede tener un amplio rango. Los temas objeto de examen puede incluir las cuestiones de hecho y de derecho, dependiendo de la jurisdicción. Las conclusiones de la corte pueden resultar en una reducción directa de la multa por un tribunal, la devolución de la decisión a una autoridad de menor nivel para reconsideración o anulación de una decisión y de la multa que la acompaña con perjuicio, es decir, impidiendo que se dicte una decisión revisada.

89. El resultado final de las apelaciones es, generalmente, el de reducir el importe de la multa. Por ejemplo, entre 1990 y 2013, la Comisión Europea impuso multas de 19,200 millones de euros contra delitos de cártel. Las sentencias de los tribunales redujeron esa cantidad en un 8.2%, lo que se traduce en un nivel de multas de 17,600 millones de euros. En ocasiones, la reducción de la cuantía de la multa puede ser mucho mayor. Cassels (2011) calcula que las decisiones sobre multas de la Comisión Europea fueron confirmadas por el Tribunal General en 50% de las ocasiones, se anularon y cancelaron el 17% de las veces y fueron objeto de anulación parcial o de reducciones el 33% de las veces.⁶⁹

- En el caso del cártel del Jerez, la Cámara Nacional de Apelaciones adoptó cuatro decisiones en marzo de 2013. Una estimación de los efectos de estas decisiones judiciales anteriores es una reducción del nivel de la multa de aproximadamente 80%.⁷⁰
- En el caso del oxígeno líquido de Chile en 2008, las multas solicitadas por la FNE ascendieron a 11,182 millones de dólares, el TDLC determinó multas de 3,007 millones de dólares y, después de la decisión de la Corte Suprema de que no había pruebas de la comisión del delito, no hubo multas.

90. En promedio en Chile, entre 2008 y 2013, las multas se redujeron en un 11% entre las decisiones del TDLC y las decisiones de la Corte Suprema.

91. Aunque las reducciones de multas en apelación pueden, a veces, parecer dramáticas, las multas por la ley de competencia en conjunto se han mantenido en muchas jurisdicciones, en particular una vez

ni su poder económico, sino más bien en el volumen de negocios de sus miembros, lo que constituye un indicio de su tamaño y poder económico". (Caso C-298/98 P, Metsä-Serla Sales Oy vs. Comisión, [2000] ECR I-10157, párr. 12 y párr. 62-74).

⁶⁸ Véase el Reglamento n° 1/2003 (OJ,2003, L1/1), Artículo 23. "Cuando se impone una multa a una asociación de empresas teniendo en cuenta el volumen de ventas de sus miembros y la asociación no es solvente, la asociación está obligada a recabar contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa."

⁶⁹ Cassels, John (2011) "Appealing EU cartel decisions: prospects for success." <http://www.ffw.com/publications/all/articles/appealing-eu-cartel-decisions.aspx>.

⁷⁰ Véase Eversheds "Investigations: sherry wine cartel – court substantially reduces fines." 22-04-2013.

que el marco jurídico, los precedentes para cobrar las multas y los estándares de comprobación están bien establecidos. De hecho, en ocasiones, las multas se han incrementado en el recurso de apelación.

- Por ejemplo, en 2007, la revisión del Tribunal General de la multa de BASF en el caso del cloruro de colina, la multa a BASF fue en realidad incrementada en un pequeño porcentaje.⁷¹
- En 2008, en el caso chileno relativo al transporte público y a los autobuses en Olorno, el TDLC determinó una multa de 79,300 dólares, que fue casi triplicada por el Tribunal Supremo a 232,863 dólares.
- El 15 de abril de 2013, el Tribunal Regional Superior de Düsseldorf incrementó las multas por cártel a los proveedores de gas licuado a 244 millones de euros, hasta un 85% más alta que la emanada de las decisiones administrativas del Bundeskartellamt.

92. Los tribunales de apelación han concedido reducciones de las multas por diversas razones. Entre éstas se incluyen: la incapacidad de demostrar la existencia de una infracción legal, el cálculo incorrecto de la multa debido a la incorrecta o injustificada aplicación de la duración o de circunstancias agravantes, o una consideración insuficiente de las circunstancias atenuantes, la incorrecta atribución de responsabilidad a una matriz y errores de procedimiento.

8.4 Cobro de multas

93. Las decisiones de imponer una multa no tendrán un efecto disuasorio a menos que las multas sean efectivamente cobradas. Dado que a menudo el cobro no se lleva a cabo por la autoridad de competencia, el éxito de la recaudación puede estar fuera del control de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de competencia. En algunos países, la recaudación de las multas ha sido un problema importante, sobre todo en el pasado en Colombia y México, entre otros. En 2008, por ejemplo, la ley de competencia colombiana impuso multas por un monto de 2,100 000 de dólares, pero sólo el 18% de esta cantidad se había cobrado para 2013. Más recientemente, alrededor del 50% de las multas fue cobrado en Colombia en 2011 y 2012, lo que sugiere que las tasas de recaudación están subiendo pero siguen siendo un problema.

9. Conclusión

94. En América Latina, cada vez más se aplican multas por violaciones graves de las leyes nacionales de competencia. La imposición de multas disuasorias que sean proporcionadas a la violación de la ley de competencia es uno de los principales objetivos los regímenes de multas para las violaciones a la ley de competencia. Para poder disuadir exitosamente las actividades ilegales, la cuantía de las multas se determinará considerando los beneficios esperados de la actividad ilegal y la probabilidad de detección. Sin embargo, es difícil analizar exactamente el promedio de los recargos por delito de cártel y la probabilidad de detección en cada caso. Algunas investigaciones⁷² afirman que las multas a los infractores basadas en el 10% de los ingresos derivados de los productos concernidos y una duración limitada pueden ser insuficientes para disuadir la conducta de cártel. Otras investigaciones sugieren que las multas en el rango del 10% de los ingresos son suficientemente disuasorias.⁷³

⁷¹ Véase T-101/05 y T-111/05, BASF y UCB. Comisión Europea y ERC 2007, II-4949 del 12 de diciembre de 2007.

⁷² Esta afirmación se basa en Connor y Lande (2006), Combe y Monnier (2011) y Smuda (de próxima aparición).

⁷³ Véase Allain et al (2011) y Heimler y Mehta (2012).

95. Las diferencias entre la aplicación de multas en América Latina siguen siendo importantes. Sobre todo en el caso de empresas que participan en violaciones internacionales de la ley, algunos países tienen multas elevadas proporcionales a las ventas locales y en otros no hay ninguna en absoluto. Se puede contribuir a la convergencia en el futuro mediante la identificación de criterios comunes y diferentes para determinar el importe de las multas de cada jurisdicción y compartir las metodologías de regímenes de multas para las infracciones en materia de derecho de la competencia.

96. En este documento, los regímenes de multas en todo el mundo comparten una serie de características comunes:

- Muchas jurisdicciones efectúan cuatro pasos al fijar las multas por infracción a la ley la competencia: 1) establecer la multa base; 2) ajustar la multa base a la luz de circunstancias agravantes o atenuantes; 3) aplicar un techo a la multa global resultante; y 4) reducir o eliminar la multa para responder a una solicitud de indulgencia.
- Muchas jurisdicciones fijan la multa base por infracción en función del volumen de ventas, el valor de las ventas en el mercado de referencia de los bienes o servicios afectados por la infracción durante un período de infracción.
- Muchas jurisdicciones consideran la duración de la infracción, y también un porcentaje del volumen de ventas, al determinar la multa base.
- Muchas jurisdicciones aumentan o disminuyen la multa base a la luz de circunstancias agravantes o atenuantes. Las circunstancias comunes incluyen la reincidencia, el efecto real de la infracción, la distinción entre infracción intencional y negligencia, el papel del infractor en una infracción colectiva, la cooperación o la obstrucción de la investigación de la autoridad de competencia.
- Muchas jurisdicciones imponen multas elevadas a los cárteles recalcitrantes en comparación con otras violaciones de la ley. Considerando la baja probabilidad de detección y los importantes beneficios esperados por los conspiradores en el cártel, los cárteles recalcitrantes se clasifican como una infracción muy grave (Corea, España), con un monto de entre 15% y 25% del valor de las ventas que se agrega al monto base, teniendo en cuenta la cuota de ingreso por impacto (UE), o un alto multiplicador y calificaciones de culpabilidad para los cárteles recalcitrantes (EE. UU.).
- Muchas, si no todas las jurisdicciones tienen en sus leyes o directrices un techo para las multas como máximo legal, por lo que la autoridad de defensa de la competencia aplica el límite estatutario nivel de la multa cuando el importe final de la multa calculada en pasos anteriores supera el máximo.

97. Al comparar la estructura de los regímenes de multas, todavía existen diferencias importantes en el mundo. Entre éstas:

- Algunas jurisdicciones no imponen multas por abuso de dominancia, incluso si imponen multas por infracciones de cártel.
- Algunas jurisdicciones no tienen políticas para imponer multas individuales pero tienen una para las multas a empresas.
- Algunas jurisdicciones (entre ellas la República Federal de Alemania, Corea, Holanda y los EE. UU.) consideran la longitud del período de infracción en el cálculo de la multa base porque el comercio afectado es considerado como el volumen de ventas de la empresa durante el período de la infracción. por otro lado, otros países (como el Reino Unido y la UE) se aplican la longitud del período de infracción a la multa base en forma aproximada, con el valor de las ventas multiplicado por el número de años de infracción.

- Algunas jurisdicciones tienen un límite superior para la multa base como proporción del volumen de ventas sin una clasificación detallada de las infracciones según su gravedad y tipos, tal como un tope de 10% (Reino Unido), de 30% (UE, Dinamarca, Países Bajos), por lo menos 15% (EE. UU.) de tal modo que la autoridad de defensa de la competencia tiene una gran discrecionalidad para aplicar un porcentaje de las ventas caso por caso. Otras jurisdicciones, como España y Corea clasifican los delitos en tres categorías (leves, graves o muy graves). Japón determina un porcentaje de multa según el tamaño de la empresa y el tipo de negocio.
- Algunas jurisdicciones tienen una norma específica sobre cómo aplicar las tasas de adición o reducción a cada circunstancia atenuante o agravante y también sobre la manera en que el tiempo transcurrido entre la infracción anterior y la infracción en cuestión se aplicará para reflejar la frecuencia de la infracción (reincidencia). Otras jurisdicciones no tienen una tasa máxima de adición o reducción en cada circunstancia agravante o atenuante, sino que simplemente establecen la lista de los factores a considerar como circunstancias agravantes o atenuantes.
- Algunas jurisdicciones tienen en cuenta la capacidad de pago de una empresa implicada en el último paso para fijar las multas, con el fin de garantizar la continuidad de la viabilidad financiera de la empresa.

98. Este documento muestra cómo difieren los criterios entre jurisdicciones diferentes respecto a las multas para los delitos en materia de derecho de la competencia. Los regímenes de multas en la mayoría de las jurisdicciones son relativamente transparentes y predecibles, lo que resulta en las multas que son en algún sentido proporcionales a la gravedad de la infracción. El grado de discrecionalidad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de competencia para determinar las multas finales es variable. Cada vez más, las multas son vistas a través de la perspectiva de la disuasión, lo que ha dado lugar a la comprensión de que los niveles de multa a los cárteles de hace 25 años eran insuficientes para lograr el objetivo de la disuasión. Este enfoque en la disuasión no debe ocultar el hecho de que otro objetivo frecuente de los regímenes de multas es castigar. Existe un amplio consenso en el sentido de que para los delitos de cártel, debido a su gravedad, las penas deberían superar por lo general los beneficios esperados, aunque todavía hay diferentes enfoques para determinar las sanciones que correspondan. No hay un total acuerdo sobre el carácter apropiado de las multas en el abuso de dominancia. En el futuro, sería útil comparar los efectos de las diversas diferencias entre los regímenes de multas sobre el comportamiento de las empresas y la disuasión de las violaciones a las leyes de competencia.

REFERENCIAS

- Allain, Marie-Laure, Marcel Boyer, Jean-Pierre Ponsard (2011) “The determination of optimal fines in cartel cases: Theory and practice.” *Law & Economics* (pp.32-40) Institute de droit de la concurrence. <http://ssrn.com/abstract=1977513>.
- Beasley, Kathleen M. (2010) “Application of The Federal Sentencing Guidelines to organization in antitrust cases: A practical guide.” International Cartel Workshop (February). <http://www.haynesboone.com/files/Publication/3ab4ca46-30a3-4f9a-9fe2-2529c8925573/Presentation/PublicationAttachment/8e2d88d9-999e-4c04-864a-2ddb33354a4/ICW%20Guidelines%20paper.pdf>.
- Calvani, Terry and Torello Calvani (2011) “Cartel sanctions and deterrence,” *The Antitrust Bulletin*, 56: 2(185-206).
- Calviño, Nadia, (2006) “Public Enforcement in the EU : Deterrent Effect and Proportionality of Fines.” European University Institute. Robert Schuman Centre for Advanced Studies. EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings. Presentation. [http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Calvino.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Calvino.pdf).
- Case T-410/09, General Court (2012). “Judgment in Almamet GmbH Handel mit Spänen und Pulvern aus Metall vs European Commission” <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131702&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=847981>
- Cavanagh, Edward (2005) “Antitrust Remedies Revisited,” 84 Oregon Law Review 147, 171.
- Combe, Emmanuel and Monnier, Constance (2011) “Fines Against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Over Enforcement” *Antitrust Bulletin*, 56(2), Summer: 235-275.
- Forrester, Ian, (2011) “A Challenge for Europe’s Judges: the Review of Fines in Competition Cases.” *European Law Review* (February) Sweet & Maxwell. http://www.biicl.org/files/5750_forrester_25-06-11_biicl_2.pdf.
- Geradin, Damien, (2011) “Discussion Paper on the EU Competition Law Fining System: A Reassessment”. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1937582.
- Heimler, Alberto and Kirtikumar Mehta (2012) “Violations of Antitrust Provisions: The Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence.” *World Competition* 35. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2095248.
- Hifstetter, Karl, Melanie Ludesher (2010) “Fines against parent companies in EU Antitrust law : Setting Incentives for ‘Best practice Compliance’”, *World Competition*, 33: 1 March 2010. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1502769.
- ICN (2008) Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>

- London Economics (2009) “An assessment of discretionary penalties regimes” (October). A Report prepared for the OFT by London Economics.
http://www.of.gov.uk/shared_of/economic_research/of1132.pdf.
- Martinez, Ana Paula and Mariana Tavares de Araujo (2012) “Shaping the future of Brazil’s anti-cartel program: relevant changes introduced by law no. 12,529/2011.” Competition Policy International, Cartel Column.
- Miller, Nathan H. (2009) "Strategic Leniency and Cartel Enforcement." *American Economic Review*, 99(3): 750-68.
- Motta, Massimo, (2007) “On cartel deterrence and fines in the EU.” European University Institute, Florence and Universita de Bologna (October)
http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta_carteldeterfines.pdf.
- OECD (2005) “Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation”. OECD: Paris <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/35863307.pdf>.
- OECD (2006) “Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases,” OECD Competition Law and Policy Best Practice Roundtable. OECD: Paris.
<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/38623413.pdf>.
- OECD (2009) “Using leniency to fight hard core cartels,” LACF Roundtable. OECD: Paris.
<http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2009%20Latin%20American%20Competition%20Forum.pdf>.
- OECD (2011) “Promoting Compliance with Competition Law,” OECD Competition Law and Policy Best Practice Roundtable. OECD: Paris.
<http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>.
- OECD (2012) “Leniency for subsequent applicants,” OECD Competition Law and Policy Best Practice Roundtable. OECD: Paris.
<http://www.oecd.org/daf/competition/Leniencyforsubsequentapplicants2012.pdf>.
- ICN, Anti-Cartel Templates, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/templates.aspx>.
- Vieira de Almeida & Associados, Sociedade de Advogados (2012) “The New Portuguese Competition Law.” Lisbon
http://www.vda.pt/xms/files/Newsletters/The_New_Portuguese_Competition_Law_16.5.2012.pdf.
- Smuda, Florian (forthcoming 2013) “Cartel overcharges and the deterrent effect of EU competition law,” *Journal of Competition Law & Economics*.
- PLMJ Sociedade de Advogados (2012) “Summary of Key Aspects of the New Competition Law”;
http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2012/Maio/NI_IdC_ING.pdf.
- Werden, Gregory, Scott Hammond and Belinda Barnett (2011) “Deterrence and detection of cartels: using all the tools and sanctions,” *The Antitrust Bulletin*, 56: 2(207-234).
- Wils. Wouter (2006) Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice. *World Competition*. 29:2.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102&download=yes