

Unclassified**Spanish - Or. English****20 September 2019****DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE****LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version) FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA
Sesión I: Metodologías para el cálculo de multas por infracciones a la normativa de competencia****- Contribución de los Estados Unidos -****24-25 de septiembre 2019, San Pedro Sula, Honduras**

Se hace circular el documento adjunto elaborado por los Estados Unidos PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 24-25 de septiembre 2019 en Honduras.

Sra. Lynn Robertson, Gerente GFC, LACCF ; Experto en Competencia -
Lynn.Robertson@oecd.org.

JT03451369

Sesión I: Metodologías para el cálculo de multas por infracciones a la normativa de competencia

- Contribución de los Estados Unidos -

1. Introducción

1. El presente documento responde a la solicitud de contribuciones sobre el tema de las «Metodologías para el Cálculo de Multas por Infracciones a la Normativa de Competencia».¹ Proporciona una visión general de la metodología utilizada para decidir las sanciones adecuadas en los casos penales de cártel. A continuación, examina las siguientes cuestiones especiales relativas a las multas: 1) las multas impuestas a los infractores reincidentes; 2) las multas y los solicitantes de clemencia; 3) el efecto de los programas de cumplimiento sobre las multas; y 4) las solicitudes de incapacidad de pago y las reducciones de las multas.

2. Se puede imponer a las empresas una sanción civil de carácter pecuniario por infringir la ley que regula la notificación previa a la fusión o las órdenes finales dictadas por la Comisión Federal de Comercio, pero no son sancionadas con multas cuando, en los procedimientos civiles antimonopolio, se considera que su conducta ha sido anticompetitiva. Asimismo, se puede castigar a las empresas con una sanción civil o penal de carácter pecuniario por no acatar el cumplimiento de las resoluciones dictadas en los procedimientos antimonopolio instruidos por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Además, se puede imponer a las empresas medidas de reparación económica, como la restitución. El presente documento se centrará en las metodologías para el cálculo de multas en los casos penales de cártel, y no examinará las sanciones civiles, las medidas de reparación económica impuestas en los casos civiles ni las multas por falta de acatamiento.

3. En aplicación de la normativa federal de competencia de los Estados Unidos, se imponen sanciones casi exclusivamente contra la creación de cárteles intrínsecamente nocivos, que constituye un delito. Se castiga a las empresas con el pago de una multa cuando son condenadas en un procedimiento penal por la fijación de precios, la licitación fraudulenta o el reparto de clientes o de mercados. En los Estados Unidos, la participación en un cártel se considera un delito grave contra la propiedad, al mismo nivel que el hurto o el robo, y la respuesta penal que recibe es acorde con ello. Como ocurre con los demás

¹ La información a partir de la que se ha redactado este documento se ha extraído de documentos ya publicados presentados por los Estados Unidos a la OCDE. Para más información, véanse «Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley» (2017), *disponible en* [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2017\)23/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)23/es/pdf); «Sanctions in Antitrust Cases» (2016), *disponible en* [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)72/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)72/en/pdf); y «Criterios para la imposición de multas por infracciones a la ley de competencia» (2013), *disponible en* [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2013\)23&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)23&docLanguage=Es).

delitos graves, la constitución de cárteles es algo totalmente rechazable en sociedad, y por ello las leyes del país pretenden disuadir por completo a quienes planean constituir cárteles, y no simplemente castigar estas conductas con una pequeña multa. Las corporaciones que se integran en cárteles están sujetas tanto a multas del orden penal como a acciones civiles por daños, y las personas físicas implicadas pueden ser procesadas por la vía penal y enfrentarse incluso a penas de prisión.

2. Metodología utilizada por los Estados Unidos para decidir las sanciones adecuadas en los casos penales de cártel

4. Desde 1987, las Directrices de la Comisión de Establecimiento de Penas de los Estados Unidos (en lo sucesivo, «Directrices») han regulado la aplicación de sanciones a empresas y a personas físicas por la creación de cárteles. Las Directrices, que se encuentran disponibles en el sitio web <http://www.ussc.gov/guidelines>, recomiendan cómo calcular un rango de penas para los infractores condenados. Los tribunales dictan las penas tras examinar las recomendaciones de la Fiscalía y las alegaciones del infractor.

5. Conforme a la legislación estadounidense, un tribunal está sometido a la norma 18 U.S.C. § 3553, que le exige «imponer una condena que sea suficiente para cumplir» las finalidades previstas, «sin superar lo necesario a tales efectos». Entre dichas finalidades se incluye la necesidad de «reflejar la gravedad de la infracción [...] e imponer un castigo equitativo por la infracción», así como la necesidad de «lograr un efecto disuasorio adecuado». Asimismo, ha de tener en cuenta el rango de penas que resulte del cálculo especificado en las Directrices.

6. De conformidad con el Derecho de los Estados Unidos, el límite máximo de las sanciones penales se fija por ley. La norma 15 U.S.C. § 1, que tipifica la creación de cárteles como delito, establece una multa máxima de 100 millones de dólares para las entidades corporativas. Además, de conformidad con la norma 18 U.S.C. § 3571 que prevé una multa alternativa, los infractores podrán ser castigados con una sanción pecuniaria cuyo importe máximo será el que resulte mayor de los siguientes: 1) la cuantía establecida en la ley que regula la infracción; 2) el doble del lucro bruto de la infracción; o 3) el doble del perjuicio bruto sufrido por las víctimas de la infracción. En muchos enjuiciamientos importantes instruidos en territorio estadounidense contra los cárteles, las multas a empresas han excedido el importe máximo de 100 millones de dólares establecido por ley. Se han impuesto multas de hasta 925 millones de dólares conforme a las declaraciones de culpabilidad de las entidades corporativas.²

7. En el momento de elaborar las Directrices, la Comisión de Establecimiento de Penas de los Estados Unidos estimó que las multas en casos de delitos económicos deben guardar una clara correlación con el lucro obtenido por los delincuentes o el perjuicio sufrido por las víctimas. Sin embargo, la Comisión apreció también que ese cálculo del lucro o del perjuicio puede ser enormemente complicado, y que solicitar la correspondiente prueba puede comprometer gravemente la eficacia del sistema legal. La necesidad de calcular el lucro o el perjuicio podría brindar a los implicados en un cártel la ocasión de eludir una sanción grave simplemente por lo difícil que puede ser calcular ese

² Sherman Act Violations Yielding a Corporate Fine of \$10 Million or More (junio de 2019), disponible en <https://www.justice.gov/atr/page/file/991706/download>.

lucro/perjuicio, con el potencial daño que ello supondría para el pretendido efecto disuasorio de las sanciones.

8. Calcular el lucro/perjuicio suele ser realmente complicado, pues requiere de un complejo ejercicio de hipótesis de la situación contrafáctica, es decir, estimar qué precios habrían existido en ausencia del cártel. Disponer del dato de los precios anteriores y posteriores a la conducta delictiva suele ser viable, pero a menudo a los encargados de la aplicación de la ley les falta información concreta sobre el momento en que esa conducta ha comenzado o terminado. Además, aunque está al alcance de los economistas observar las variaciones en los costes y la demanda a lo largo del tiempo, no se trata de una tarea fácil, y el contraste entre las opiniones de los diferentes expertos suele llevar a resultados totalmente dispares en el cálculo de los efectos de los cárteles sobre los precios.

9. Más que requerir que se realicen complejos cálculos del lucro/perjuicio, la determinación de la cuantía de las multas a las empresas en caso de delitos relacionados con los cárteles va en función de un valor sustitutivo ligado a la gravedad de la conducta y que pueda utilizarse sin grandes dificultades. El valor sustitutivo adoptado por las Directrices para la Imposición de Penas de los Estados Unidos es el volumen de comercio de bienes o servicios afectados por el cártel a lo largo de toda su vigencia. La norma específica aplicable a las empresas que participan en delitos relacionados con los cárteles, incluida en la Directriz 2R1.1(d)(1), impone una multa base del «20% del volumen de comercio afectado», siendo este el valor sustitutivo del perjuicio.

10. Las Directrices determinan que el «volumen de ventas imputable a cada participante en un cártel es su volumen de comercio, o el de su principal, en bienes o servicios afectados por la infracción». Los registros empresariales obtenidos por la División Antimonopolio de un participante en un cártel y de sus clientes ayudan a documentar el volumen de comercio pertinente.

11. Las Directrices establecen que para calcular el rango de penas es preciso aplicar a la multa base los factores multiplicadores mínimos y máximos. Las Directrices fijan los factores multiplicadores teniendo en cuenta el grado de culpabilidad del infractor, que a su vez viene determinado por distintas variables, como el tamaño de la empresa, la implicación de sus directivos, su cooperación y la aceptación de su responsabilidad.

2.1. Reincidencia

12. De conformidad con las Directrices, la reincidencia incrementa el grado de culpabilidad de una empresa y, posiblemente, en los casos en que concurra esta circunstancia agravante, los Estados Unidos tratarán de imponer una multa que se aproxime al límite máximo del rango de penas. Sin embargo, en los Estados Unidos los casos de reincidencia en la creación de cárteles son infrecuentes. La División Antimonopolio realizó un estudio sobre esta cuestión en 2011 y no encontró ningún caso de reincidencia desde que el primer ciudadano no estadounidense fue condenado a una pena de prisión por un delito relacionado con los cárteles en 1999.³ Según este estudio, si bien la División Antimonopolio había perseguido sucesivamente por la vía penal a diferentes empresas por varios delitos relacionados con la creación de cárteles, en todos esos casos dicha actividad

³ Gregory J. Werden, Scott D. Hammond y Belinda A. Barnett, «Recidivism Eliminated: Cartel Enforcement in the United States Since 1999», *CPI Antitrust Chronicle*, octubre de 2011 (1).

delictiva comenzó antes de que la empresa fuera condenada por primera vez por instituir un cártel concreto.

2.2. Clemencia y sentencias de conformidad

13. El Programa de Clemencia para Empresas de la División Antimonopolio ofrece a las empresas y sus empleados la posibilidad de evitar condenas, multas y penas de cárcel si son las primeras en denunciar infracciones antimonopolio de carácter penal y en acogerse a la clemencia, por ejemplo, cooperando de forma plena y constante y cumpliendo otros requisitos. Las empresas que no sean las primeras en acogerse no podrán librarse de la multa, pero podrán reducir su cuantía declarándose culpables de las acusaciones por vía penal y cooperando con la investigación de la División. En los Estados Unidos, la gran mayoría de las condenas a empresas por delitos relacionados con los cárteles se fundamentan en declaraciones de culpabilidad, muchas de las cuales van acompañadas de recomendaciones de sentencia que incluyen una multa de una cuantía inferior al rango de penas.

2.3. Programas de cumplimiento

14. Conforme a las Directrices para la Imposición de Penas de los Estados Unidos, un programa efectivo de cumplimiento puede disminuir el grado de culpabilidad de una empresa y, en última instancia, rebajar su multa del tipo penal. Asimismo, la existencia y la eficacia de un programa de cumplimiento puede ser importante para decidir si se debe dictar la remisión condicional a prueba con respecto a una empresa. La División Antimonopolio evalúa la eficacia de los programas de cumplimiento caso por caso, dependiendo del programa específico de la empresa, así como de su ejecución y vigencia. La Directriz 8C2.5(f)(3)(B) contiene una presunción *iuris tantum*, según la cual una empresa no cuenta con un programa efectivo de cumplimiento si un miembro de su personal dotado de importantes facultades «participa en el delito, lo consiente, o hace caso omiso de él deliberadamente». Además de las Directrices, la División Antimonopolio ha defendido, en determinados casos, la reducción de una multa conforme a la norma 18 U.S.C. § 3572(a)(8), en reconocimiento de las medidas de cumplimiento «orientadas al futuro» o «prospectivas» adoptadas por la empresa para cambiar su cultura y priorizar el civismo empresarial tras enterarse de la investigación.

15. En los últimos años, la División Antimonopolio normalmente no ha recompensado las medidas de cumplimiento en la fase de imputación. En julio de 2019, la División Antimonopolio anunció una nueva política para incentivar el cumplimiento en materia de libre competencia, que consiste en tener en cuenta el cumplimiento en la fase de imputación en las investigaciones penales sobre prácticas antimonopolísticas.⁴ Ahora la División Antimonopolio considera varios factores cuando sopesa si debe recompensar los programas de cumplimiento en la fase de imputación, entre ellos: 1) la puesta en marcha de un programa de cumplimiento sólido y efectivo, y la fecha en que se descubrieron las infracciones, 2) la denuncia automática por parte de la empresa, 3) la cooperación en la investigación de la División Antimonopolio, y 4) la adopción de medidas correctivas. La División Antimonopolio publicó un documento de orientación sobre la evaluación de los

⁴ Makan Delrahim, «Winds of Change: A New Model for Incentivizing Antitrust Compliance Programs» (11 de julio de 2019), *disponible en* <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-new-york-university-school-l-0>.

programas de cumplimiento de las empresas en las investigaciones penales sobre prácticas antimonopolísticas.⁵ La División Antimonopolio no recurre a un análisis estándar, y reconoce que no todos los factores serán importantes en cada uno de los casos y que el tamaño de la empresa puede influir en el alcance del programa de cumplimiento y en los recursos asignados a él.

2.4. Solicitudes de incapacidad de pago

16. Las Directrices prevén la reducción de las multas teniendo en cuenta la incapacidad de pagar, pero «no en cuantía mayor a la necesaria para evitar comprometer gravemente la viabilidad de la continuidad» de la empresa. Cuando una empresa sostiene, en la fase de debate previo, que su capacidad de pago es limitada, debe presentar sus libros contables a la División Antimonopolio. A la hora de calcular la multa adecuada para una empresa, la División normalmente examina qué cuantía puede pagar de forma inmediata. Si no puede abonar la multa adecuada en el acto, toma en consideración establecer un calendario de pagos con intereses. Si decide que la empresa no puede cumplir dicho calendario, estudia si puede afrontar los pagos fraccionados sin intereses. Si la empresa sigue siendo incapaz de pagar la multa en el período previsto, incluso sin intereses, la División puede recomendar al tribunal su reducción.

⁵ División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, «Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations» (julio de 2019), *disponible en* <https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download>.