

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2017)23

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

28-Mar-2017

Spanish - Or. English

**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: Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley**

-- Contribución de los Estados Unidos --

4-5 de abril 2017, Managua, Nicaragua

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 4-5 de abril 2017 en Nicaragua.

Lynn ROBERTSON, Coordinadora de Relaciones Globales, División de Competencia de la OCDE
[Tel: +33(0)1 45 24 18 77, Correo electrónico: lynn.robertson@oecd.org]

JT03411579

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.

DAF/COMP/LACF(2017)23
Unclassified

Spanish - Or. English

FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA



15º Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia
4-5 DE ABRIL DE 2017, Managua, Nicaragua

Sesión I: Cáteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley

-- CONTRIBUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS --

1. El presente documento responde a la petición de contribuciones sobre la cuestión “Cáteles: estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley”¹. En él se explica qué se entiende por creación de cárteles intrínsecamente nocivos, y se pone de manifiesto la necesidad de imponer multas elevadas para disuadir de estas conductas. A continuación, se abordan los problemas de disponibilidad de los datos que requiere el cálculo de las multas, y se fundamenta el enfoque que aplica la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (“División Antimonopolio”).

1. La creación de cárteles intrínsecamente nocivos es un delito grave

2. La creación de cárteles es un tipo de colaboración entre competidores que se da cuando éstos acuerdan las condiciones principales conforme a las que compiten, como los precios que cobran, e incluso si compiten o no en lugares o frente a clientes determinados. Ejemplos característicos de la creación de cárteles son el fraude de licitaciones, la fijación de precios o el reparto de clientes y mercados.

3. Cuando actúa un cártel, el acuerdo entre competidores sale del ámbito del entorno cooperativo amplio en el que éstos integran sus actividades, y del que se espera deriven eficiencias u otros beneficios para los consumidores. Frente a esto último, la constitución de un cártel no tiene fines legítimos, y su único objetivo es privar a los consumidores de las ventajas materiales que proporciona la competencia.

¹ La información a partir de la que se ha redactado este documento se ha extraído de documentos ya publicados. Para más información, véase Gregory Werden, Scott Hammond y Belinda Barnett, “Deterrence and Detection of Cartels: Using All the Tools and Sanctions,” 56 Antitrust Bulletin 207 (2011), available at <https://www.justice.gov/atr/file/518936/download>, y Gregory Werden “Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime,” 5 European Competition Journal 19 (2009), available at <https://www.justice.gov/atr/sanctioning-cartel-activity-let-punishment-fit-crime>.

4. 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 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. En la mayoría de los casos, se persigue penalmente a muchas personas físicas que participaban en estos cárteles, y se les imponen penas de cárcel de hasta cinco años.²

2. Para el cálculo de las multas a las empresas, es preferible utilizar unos sencillos valores sustitutivos³

5. Las multas a las empresas que se integran en cárteles las regulan las Directrices para la Imposición de Penas de los EEUU; estas Directrices aconsejan unos rangos de penas que los tribunales deben tener en cuenta a la hora de imponer sus sanciones.

6. En el momento de elaborar las Directrices, la Comisión de Armonización de Penas de los Estados Unidos estimó que las penas 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 lucro/perjuicio, con el potencial perjuicio que ello supondría para el pretendido efecto disuasorio de las sanciones.

7. 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.

8. 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 debería ir en función de un valor sustitutivo ligado a la gravedad de la conducta y que pueda utilizarse sin grandes dificultades. El valor sustitutivo más adecuado, que es el que adoptan las Directrices para la Imposición de Penas de los EEUU, es el volumen de comercio de bienes o servicios afectados por el cártel a lo largo de toda la vigencia de éste. 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.

² El alcance de este documento se limita a lo relativo a las multas. Para un debate más exhaustivo sobre las medidas ejecutivas en general, incluidas las penas de prisión, véanse las fuentes citadas anteriormente.

³ Para una descripción detallada sobre el cálculo de las multas para las empresas en los Estados Unidos, véase [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).

9. Las Directrices para la Imposición de Penas de los EEUU contienen normas especiales para aquellas circunstancias que lo son, incluidos los casos en que el volumen de comercio afectado por un cártel concreto es nulo (cuando, por ejemplo, los participantes se comprometen a no vender). Las Directrices abordan por separado la cuestión del cálculo de la multa base a imponer a aquellas empresas que conspiran para cometer fraude de licitaciones presentando “una o más ofertas complementarias” (es decir, ofertas cuya intención es únicamente crear una apariencia de competencia); para estos casos, las Directrices prevén que se utilice la cifra que resulte mayor de entre las ventas reales de la empresa y “el contrato de mayor precio para el que la entidad ha presentado una oferta complementaria”.⁴ Las Directrices para la Imposición de Penas de los EEUU contienen también disposiciones expresas para tener en cuenta ciertos elementos adicionales que afectan a la proporcionalidad de la pena; asimismo, se autoriza a los jueces a apartarse, en interés de la justicia, de lo previsto en las Directrices.

3. Repercusiones de las acciones privadas de reclamación de indemnización sobre las acciones públicas

10. Un poderoso instrumento disuasorio con que cuenta Estados Unidos frente a los cárteles es el de las demandas civiles en reclamación de indemnización, presentadas por o en nombre de las víctimas de estos entramados. Prácticamente todos los procesos penales internacionales, y los principales en territorio estadounidense, contra los cárteles llevan aparejadas una o más demandas civiles de indemnización de particulares, tendencia observada desde hace ya años. Pues bien, este tipo de demandas proporcionan cuantiosas indemnizaciones a las víctimas de los cárteles y contribuyen de manera importante a disuadir de estas conductas.

11. Lo que castigan las sanciones fruto de las demandas civiles dirigidas contra los implicados en los cárteles es su responsabilidad por el sobreprecio. Cuando una demanda antimonopolio prospera, lo que obtienen los reclamantes es una indemnización del triple de los daños sufridos, más los honorarios de abogados.

12. En los casos en que una empresa alega una capacidad limitada para pagar, debe poner sus registros financieros a disposición de la División; el objetivo de ésta no es imponer a la empresa una multa que no pueda pagar, aunque a veces la multa recomendada no pueda pagarse inmediatamente y se concedan plazos para satisfacerla de hasta cinco años. Las Directrices dan libertad a los tribunales para disponer que una multa se pague a plazos si la empresa demandada carece de la capacidad financiera para abonarla en el acto o si la multa supondría una carga excesiva; así, un tribunal puede reducir la multa en la medida en que la impuesta conforme al rango de las Directrices “afecte a la capacidad [de la empresa] de compensar a las víctimas” o si la empresa “se ve incapacitada, e incluso [...] si se le ofrece un calendario razonable de pagos, es improbable que sea capaz de pagar la multa mínima [impuesta por las Directrices]”.⁵

⁴ Manual de Directrices para la Imposición de Penas de los EEUU, §2R1.1(d)(3), *disponible en* <http://www.ussc.gov/guidelines>.

⁵ Véase el Manual de Directrices para la Imposición de Penas de los EEUU, §§8C3.2(b), 8C3.3(a)-(b).