

DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEELATIN 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

-- Documento de base elaborado por el Secretariado de la OCDE --

4-5 de abril 2017, Managua, Nicaragua

Se hace circular el documento adjunto elaborado por el Secretariado de la OCDE como aportación para el debate en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 4 y 5 de abril 2017 en Nicaragua.

Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad del autor y no deberán atribuirse al BID, a la OCDE ni sus países miembros respectivos.

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]

JT03411811

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.

FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA



15° 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

DOCUMENTO DE BASE DE LA SECRETARÍA DE LA OCDE*

Resumen

El método adecuado para que las autoridades de la competencia estimen los daños de los cárteles depende de la situación jurídica concreta de éstos. Ahora bien, con el aumento la cuantía de las multas, se ha intensificado el debate acerca de la función que desempeña el daño a la hora de determinar el importe exacto de una multa. Las distintas jurisdicciones mantienen posturas divergentes en torno a la relación entre la determinación del daño a los consumidores o los beneficios ilícitos y la cuantificación del nivel adecuado de las sanciones. En muchas jurisdicciones no se tienen en cuenta los daños en absoluto al establecer las sanciones. Cuando se toman en consideración los daños, la función que desempeña la cuantía de los daños efectivos en el cálculo de las sanciones por cártel depende en gran medida del grado en el que las sanciones persigan disuadir futuros comportamientos de cártel, además de castigar a los infractores y lograr la restitución. Si la restitución es el único objetivo de las multas, la cuantía de los daños o beneficios ilícitos será el factor principal que ha de tenerse en cuenta a efectos del cálculo de las multas. No obstante, si la disuasión es el objetivo principal, la correlación entre el perjuicio efectivo causado y el nivel de las sanciones se debilita. En consecuencia, para potenciar el efecto disuasorio, las empresas pueden sufrir grandes multas aun cuando una determinada conducta tenga escasos efectos sobre la economía. Esto no significa que el perjuicio efectivo ocasionado por un cártel no deba tomarse en consideración a efectos de fijar sanciones. En algunas jurisdicciones se prevén sanciones por comportamientos de cártel cerciorándose, a la hora de calcular ciertas multas, de que la infracción haya producido efectos.

* Este documento ha sido elaborado para la Secretaría por Sean F. Ennis con la colaboración de Rosana Aragón Plaza. Las opiniones expresadas y los argumentos formulados no reflejan necesariamente las opiniones oficiales de la Organización ni de los gobiernos de sus países miembros.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1.	Introducción.....	5
2.	Sobre la relación entre las multas a los miembros de un cártel y el daño que causan o los beneficios que obtienen.....	6
2.1	La forma de determinar las multas puede verse afectada por su objetivo.....	6
2.2	Multas sustanciales	7
2.3	Las multas se personalizan para cada cártel y empresa	8
2.4	La personalización de las multas en función de los beneficios empresariales afectados puede contribuir a una disuasión efectiva.....	10
2.5	Con objeto de disuadir la creación de cárteles, las multas pueden basarse en un factor multiplicador de los beneficios empresariales, teniendo en cuenta la probabilidad de que muchos cárteles no sean descubiertos. En muchos casos, esto puede lograrse aplicando multas en función del porcentaje de la actividad económica afectada.	11
2.6	La proporcionalidad de la multa con el daño a los consumidores (o los beneficios empresariales ilícitos) no se asegura necesariamente en todos los casos con multas fijadas como un porcentaje fijo del volumen de negocio afectado, pero puede conseguirse con un promedio.	12
3.	Conocer la cuantía de los daños a los consumidores (o los beneficios ilícitos) puede ser un elemento útil, entre otros muchos, para determinar si los niveles de las multas están relacionados adecuadamente con el impacto del comportamiento analizado.	14
3.1	Aunque en algunos supuestos estimar la cuantía del daño puede resultar muy difícil, cuando tal cálculo sea viable, prescindir de la cuantía del daño puede crear situaciones en las que empresas que ocasionaron unos daños escasos o nulos sean multadas con un importe considerablemente superior a la estimación razonable del importe necesario a efectos disuasorios.....	15
3.2	Los beneficios de los cárteles para las empresas serán mayores o menores dependiendo de las condiciones económicas.....	16
3.3	El comportamiento de cártel comprende ciertas conductas que posiblemente no propicien mayores precios/menores cantidades en algunos casos.....	16
3.4	La variación de los beneficios obtenidos de los cárteles por los infractores es sustancial y ha de tenerse en cuenta si las multas deben variar, en ocasiones, en función de los daños a los consumidores o los beneficios ilícitos.....	17
3.5	Factores pertinentes que abogan en contra del cálculo de los daños o beneficios ilícitos	19
4.	Cálculo del daño.....	19
4.1	Cantidad y precio hipotético en ausencia de cártel (“but-for price”)	20
4.2.	Método de la media simple	22
4.3.	Mercados de comparación.....	24
4.4	Modelo de regresión.....	25
4.5.	Relación entre los daños y los beneficios empresariales.....	26
5.	Conclusión	28
	BIBLIOGRAFÍA	32

Tablas

Tabla 1.	Multas de cártel por año y continente – 2004-2015 (millones USD)	8
----------	--	---

Gráficos

Gráfico 1:	Estimaciones de sobreprecio histórico	13
Gráfico 2.	Ilustración del daño causado por el cártel a consumidores, con demanda lineal.....	21
Gráfico 3.	Serie temporal de precios hipotéticos de cártel	22
Gráfico 4.	Comparaciones con productos de control hipotéticos	24

Recuadros

Recuadro 1.	El valor de la cuantificación del daño para el cálculo de las multas: Evolución en Francia ...	9
Recuadro 2.	La estrecha relación entre beneficios ilícitos y multas por cártel en Chile.....	11
Recuadro 3.	Sanciones por acuerdos no ejecutados o ni siquiera concluidos.....	13
Recuadro 4.	Los órganos jurisdiccionales superiores exigen la estimación de los daños.....	14
Recuadro 5.	Cuantificación del daño en Alemania.....	17
Recuadro 6.	Inferencias sobre daños.....	19
Recuadro 7.	Cálculos detallados de los precios hipotéticos en ausencia de cártel en Australia	20
Recuadro 8.	El cártel cementero alemán.....	23
Recuadro 9.	México: Cálculo de los daños del cártel como incremento del precio	26
Recuadro 10.	Suecia: Disparidad de opiniones sobre el cálculo del daño	27

1. Introducción

1. En los últimos años, las empresas acusadas de participar en cárteles se han visto sometidas a elevadas multas, que en ocasiones han ascendido a cientos de millones de USD, y han tenido que efectuar pagos cuantiosos en concepto de daños, principalmente a demandantes particulares. Estas elevadas multas no se limitan únicamente a Estados Unidos y la Unión Europea, como sucedía entre 2000 y 2009. En Latinoamérica, por ejemplo, en 2014 llegó a imponerse una multa de hasta 1.400 millones de USD por un cártel en el que participaron seis compañías cementeras de Brasil. Las multas y la compensación de los daños desempeñan un papel crucial en la disuasión de los cárteles, al garantizar que los costes que soporta una compañía por participar en un cártel pueden superar las ganancias esperadas o al menos contrarrestar parcialmente las expectativas de beneficios suplementarios de un cártel no descubierto. Cuando el importe de las multas depende del porcentaje del volumen de negocio afectado, como ocurre con frecuencia,¹ la cuantía de la multa se basa a menudo implícitamente en los principios de disuasión, restitución de beneficios o evitación del daño.

2. Algunas autoridades de la competencia toman en consideración los daños causados por los cárteles o los beneficios obtenidos por los participantes en el cártel, como criterio para fijar las multas en esos casos. Así sucede, por ejemplo, en la legislación chilena; los tribunales de Francia, Alemania y España han insistido en la necesidad de cerciorarse de la existencia de los daños al valorar las multas. Este enfoque, en especial cuando el daño se mide cuantitativamente, se basa en el efecto económico de la conducta y no en una fórmula predefinida en función del volumen de negocio. Aun cuando la vulneración constituya una infracción *per se*, es posible que sea oportuno considerar la magnitud del daño, al menos a nivel interno, a fin de priorizar los casos y para apreciar la oportunidad de iniciar un procedimiento. En este documento se sostiene que la conveniencia de que las autoridades de la competencia tomen en consideración los daños causados por un cártel, incluso si no van a proceder a la recuperación de los daños, cuando el importe de las multas se determine mediante fórmulas predefinidas basadas en un porcentaje del volumen de negocio. Puede ser oportuno examinar, tal como explica Lianos et al (2014), si las multas han de estar más vinculadas a una fórmula basada en el volumen de negocio afectado o si deben tener en cuenta al menos si existe un daño real, tomando en consideración el daño a los consumidores o los beneficios ilícitos obtenidos por los participantes en el cártel.

3. Este documento señala que:

- En muchas economías, el importe de las multas a empresas por comportamientos de cártel ha alcanzado niveles que pueden menoscabar de forma sustancial los beneficios de las empresas, lo que contribuye a promover la disuasión, pero también suscita la posibilidad de que en algunos casos limitados, las multas puedan ser muy superiores al daño causado por el cártel.
- El porcentaje de daños a los consumidores y beneficios ilícitos varía sustancialmente entre unos cárteles y otros.
- Puede resultar oportuno que las reglas estandarizadas para establecer la cuantía de las multas que se basan en un porcentaje del volumen de negocio o de la actividad económica prevean, en casos concretos, circunstancias atenuantes por la escasa cuantía de los daños efectivos o potenciales.
- Cuando lo exijan los tribunales o la ley, las autoridades de competencia podrían intensificar sus esfuerzos no sólo para asegurarse de que, cuando las multas sean sustanciales, los daños son potencialmente significativos, sino también para demostrar ante los tribunales que esta apreciación se fundamenta en consideraciones reales.

- La parte más difícil de los cálculos de la magnitud del daño ocasionado por un cártel (o los beneficios obtenidos por los participantes) consiste en estimar el precio que se habría aplicado si no hubiera existido el cártel (el “precio hipotético en ausencia de cártel”).

4. En este documento se analizan sistemáticamente los daños a los consumidores y los beneficios ilícitos obtenidos por los participantes en el cártel. Por lo general, no son equivalentes, pero son dos magnitudes habitualmente estudiadas para analizar los efectos de los cárteles. Las consideraciones basadas en el excedente del consumidor pueden dar lugar a centrarse en el daño causado a los consumidores, ya sean finales o intermedios. En cambio, si la atención se centra en la disuasión, se dará prioridad a los beneficios ilícitos de las empresas participantes en el cártel, ya que cuando deciden unirse a un cártel y calcular los beneficios esperados por participar en el mismo frente a los riesgos estimados (en particular, multas y daños), normalmente los beneficios esperados que se toman en consideración para el cálculo de probabilidades son los beneficios ilícitos del cártel. Los tribunales y la ley pueden ofrecer un margen más amplio para considerar el daño a la economía. Es posible tener en cuenta, entre otros factores, el impacto en la calidad, la posibilidad de elección, innovación, el empleo, el crecimiento económico, los flujos comerciales y la IED. Por ejemplo, un cártel en el sector del transporte interior puede producir repercusiones en el comercio en sectores que recurren a los servicios de transporte, agravando así su impacto económico global. Aunque estas consideraciones de carácter general no se analizan en el presente documento, algunas legislaciones pueden admitirlas, sin que el presente documento pretenda sugerir lo contrario.

5. El presente documento tiene el siguiente contenido. En la sección 2 se examinará la relación entre las multas por cártel y los daños en general o los beneficios empresariales, mostrando que el efecto disuasorio de las multas se basa en su relación con los beneficios empresariales. En la sección 3 se analizará la manera en que conocer la cuantía de los daños o de los beneficios empresariales puede contribuir a establecer unas multas adecuadas. En la sección 4 se indicarán distintos métodos para calcular los daños y los beneficios empresariales en relación con casos concretos de cártel.

2. Sobre la relación entre las multas a los miembros de un cártel y el daño que causan o los beneficios que obtienen

6. La ley establece sanciones para numerosas infracciones de la legislación. Las multas por cártel no son una excepción, aunque generalmente la cifra que, en su caso, se fija es un nivel máximo. En la República Dominicana, el máximo se fija tomando como referencia un múltiplo de los niveles salariales. En la Unión Europea, la multa máxima es el 10% del volumen de negocio global.

2.1 La forma de determinar las multas puede verse afectada por su objetivo

7. Como afirmó la OCDE (2013), los principales objetivos de la imposición de multas son, en general, la disuasión, la penalización y la restitución de los beneficios obtenidos. Algunas jurisdicciones insisten más en un objetivo que en otro, o excluyen por completo alguno de los objetivos. Examinemos estos objetivos sucesivamente:

- Mediante la disuasión se pretende eliminar los incentivos para llevar a cabo conductas ilegales y contrarias a la competencia;
- La penalización supone un castigo a las empresas o personas por vulnerar la legislación de la competencia; y
- Mediante la restitución se exige a la empresa o a la persona que infringió la ley que devuelva los beneficios económicos obtenidos con su actividad ilegal.

8. Los objetivos de penalización y restitución de los beneficios están estrechamente relacionados con el objetivo de disuasión. Al dejar patente que la autoridad de competencia sancionará a las empresas o personas que cometan una infracción acreditada del Derecho de la competencia, se suprimen los incentivos para llevar a cabo esa conducta. Al recuperar los beneficios procedentes de su conducta ilegal, los incentivos para emprenderla también quedan suprimidos y, por tanto, se disuade de dicha conducta, siempre que se apliquen también otras medidas disuasorias.

9. Las diferencias en los criterios de cálculo de las multas dependen de los objetivos que tales multas persiguen. Por ejemplo, la autoridad de la competencia de Japón determina las multas en función del tamaño de la empresa (grande, mediana o pequeña) y el tipo de negocio (fabricación o distribución minorista), teniendo en cuenta las ventas medias y los beneficios ordinarios. El sistema sancionador japonés de los cárteles se dirige fundamentalmente a la devolución de los beneficios. Es decir, la Administración Pública recupera las ganancias económicas derivadas del cártel, con el fin de que los participantes en el mismo no se queden con ellas, y no como una penalización económica contra el cártel. En Canadá, la Ley de la Competencia prevé claramente que la finalidad de imponer sanciones pecuniarias consiste en “promover prácticas” que sean “conformes” a Derecho; la Ley de la Competencia excluye expresamente que tales sanciones tengan un objetivo penalizador.² En cambio, en Alemania pueden aplicarse multas penalizadoras que imponen una compensación adicional por los beneficios excesivos [ARC artículo 81, apartado 5] ya que con arreglo al artículo 17, apartado 4, de la Ley de infracciones administrativas, las sanciones administrativas serán superiores a las ganancias obtenidas mediante la infracción. Por consiguiente, el sistema sancionador alemán incluye un elemento de penalización y otro de restitución de beneficios ilícitos. Según las observaciones presentadas por Estados Unidos en la mesa redonda sobre sanciones del Foro Global de Competencia, “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.” En los Estados Unidos, la multa máxima legal por una infracción penal en materia de cárteles es de un máximo de 100 millones USD. Pero las cifras máximas pueden en ocasiones ser indebidamente restrictivas, ya que según un principio generalmente aceptado las multas aplicadas deben estar relacionadas en cierta medida con la gravedad de la infracción. Quizás como consecuencia de la necesidad de conseguir un efecto disuasorio adecuado, las directrices sancionadoras de Estados Unidos prevén métodos alternativos para el cálculo de las multas que pudieran exceder de 100 millones USD, basándose en un nivel máximo del doble del beneficio bruto de la infracción o el doble de la pérdida bruta sufrida por las víctimas de la infracción. Como consecuencia de esta exención y en virtud de las directrices sancionadoras alternativas, se han impuesto en EE.UU. multas superiores a 100 millones USD.

2.2 *Multas sustanciales*

10. La forma de determinar las multas y hasta qué punto han de estar condicionadas a la acreditación del daño son elementos fundamentales cuando las multas son elevadas. Aunque se discute si los niveles de las multas son suficientemente altos como para que supongan una disuasión económica completa para la participación en cárteles,³ no se presta gran atención a que los niveles de las multas se han incrementado mucho en las últimas décadas y su cuantía resulta ahora muy onerosa, lo que atrae la atención de los consejos de administración de las empresas, lo cual es un elemento útil para la disuasión. Según cálculos recientes, entre 2004 y 2015, en todo el mundo la cuantía de las multas ascendió a aproximadamente 92.000 millones USD. En Latinoamérica, las multas por cártel en este período, según la base de datos Private International Cartels de John M. Connor (julio, 2016), fueron de 4.300 millones USD. El crecimiento de las multas ha sido significativo con respecto al período anterior al año 2000. El incremento de las multas puede deberse a la tendencia a centrarse cada vez más en el objetivo disuasorio de las sanciones.⁴ La cuestión de si la cuantía global de las multas es suficiente para disuadir la conducta de cárteles merece un análisis en profundidad, ya

que muchos cárteles posiblemente no serán descubiertos, de modo que a fin de lograr un efecto disuasorio es preciso que la cuantía de las multas sea un múltiplo de las ganancias reales, para tomar en consideración las expectativas de que muchos de ellos nunca serán investigados.

Tabla 1. Multas de cártel por año y continente – 2004-2015 (millones USD)

Continente	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	Total
Asia	1	387	45	260	89	741	302	1035	1678	834	904	268	6544
Europa	1716	2461	4995	6529	5146	5248	2395	4061	7792	836	5814	2147	49140
Latinoamérica	1	366	228	76	20	46	1855	-	-	6	1421	316	4335
Norteamérica	863	4306	1802	1036	2553	493	1733	602	6707	518	8181	783	29577
Otras regiones	-	-	766	38	346	269	-	241	971	-	380	-	3011
Total	2581	7520	7836	7939	8154	6797	6285	5939	17148	2194	16700	3514	92607

Fuente: Base de datos Private International Cartels, de John M. Connor (julio de 2016). * En otras regiones se incluyen las multas por cártel impuestas por diversas jurisdicciones que no hemos podido asignar con precisión a una jurisdicción dada.

11. Por la elevada cuantía de algunas multas, garantizar que son adecuadas es una cuestión de interés judicial y de la política pública general.⁵

2.3 Las multas se personalizan para cada cártel y empresa

12. El método adecuado para que las autoridades de la competencia estimen los daños de los cárteles depende de la situación jurídica concreta de éstos. Ahora bien, con el aumento la cuantía de las multas desde antes de 2000, se ha intensificado el debate acerca de la importancia de evaluar el daño antes de determinar el importe exacto de una multa.⁶ La adecuación del cálculo automático de las multas en virtud de las directrices ofrece distintas perspectivas. Por una parte, los cálculos automáticos ofrecen a los potenciales participantes en cárteles indicaciones más claras del nivel previsto de las multas y pueden desempeñar una valiosa finalidad disuasoria. Por otra, algunos pueden considerar, entre ellos ciertos tribunales, que los cálculos automáticos no tienen en cuenta de manera suficiente las circunstancias individuales. Por este motivo, muchas directrices prestan amplia atención a una serie de circunstancias atenuantes y agravantes.

13. Las distintas jurisdicciones mantienen posturas divergentes en torno a la relación entre la cuantificación del daño causado a la competencia y la cuantificación del nivel adecuado de las sanciones. Véase, en el recuadro 1, un ejemplo de evolución normativa. En muchas jurisdicciones no se tienen en cuenta explícitamente los daños al establecer las sanciones. En la medida en que en algunas jurisdicciones se toman en consideración los daños, la función que desempeña la cuantía de los daños efectivos en el cálculo de las sanciones por cártel depende en gran medida del grado en el que las sanciones persigan disuadir futuros comportamientos de cártel, además de castigar a los infractores y lograr la restitución. Si la penalización y la restitución son los únicos objetivos de las multas, la cuantía de los daños o beneficios ilícitos será el factor principal que ha de tenerse en cuenta a efectos del cálculo de las multas. Ahora bien, raramente la penalización y la restitución son los únicos objetivos. Si la disuasión es el objetivo principal,⁷ la correlación entre el perjuicio efectivo causado y el nivel de las sanciones se debilita. En consecuencia, para potenciar el efecto disuasorio, las empresas pueden sufrir grandes multas aun cuando una determinada conducta tenga escasos efectos sobre la economía.

Recuadro 1. El valor de la cuantificación del daño para el cálculo de las multas: Evolución en Francia

Como ya se ha indicado, muchas jurisdicciones discrepan en cuanto a si la cuantía de los daños producidos por el cártel debe jugar un papel en la fijación de las multas. En este tema, la jurisprudencia y las posiciones de las jurisdicciones no son estáticas, sino que evolucionan a la luz del patrón de los hechos de determinados casos.

El ejemplo de Francia ilustra cómo estas ideas pueden experimentar un proceso de evolución. En la actualidad, la Nota de la Autoridad Francesa de la Competencia sobre el método de fijación de las sanciones económicas subraya que no cabe presumir los daños causados por el cártel. El camino para llegar a esta conclusión se inició en 2005.

En ese año, la Autoridad Francesa de la Competencia (AFC) impuso sanciones económicas a los operadores de telefonía móvil Bouygues Télécom, SFR y Orange France por presunto intercambio de información confidencial y por reparto del mercado de telefonía móvil. Por la primera de estas infracciones, la AFC impuso multas de entre 16 millones EUR y 41 millones EUR; por la última de esas infracciones, las multas oscilaron entre 42 millones EUR y 215 millones EUR. Tras interponer un recurso que no prosperó ante la Cour d'Appel (Tribunal de Apelación) de París, el caso llegó finalmente a la Cour de Cassation (Tribunal Supremo) en última instancia. Entre otros motivos de recurso, uno de los recurrentes alegó que la Cour d'Appel había errado al aprobar el cálculo abreviado y resumido de los daños causados a la economía, llevado a cabo por la AFC, que se había basado fundamentalmente en el tamaño del mercado y en el hecho de que todos los operadores habían participado en esas prácticas. La Cour d'Appel no estimó necesario determinar con precisión los daños producidos a la economía, indicando que podían presumirse ante la existencia de un acuerdo anticompetitivo.

La Cour de Cassation (Tribunal Supremo) cuestionó esta presunción y negó que el daño causado a la economía pueda presumirse por la existencia de una práctica anticompetitiva.⁸ En primer lugar, la Cour de Cassation señaló que la Cour d'Appel (Tribunal de Apelación) había declarado que “no cabía excluir” que el intercambio de información pudiera ser contrario a la competencia, sin indicar los motivos por los que llegó a esa conclusión. La Cour de Cassation indicó a continuación que, con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio, las sanciones impuestas por una práctica cuyo objeto o efecto potencial sea impedir, restringir o falsear la competencia deben ser proporcionales al daño causado a la economía por dicha práctica. La Cour de Cassation añadió que estos daños no pueden presumirse. Por último, también fueron cuestionados los métodos de cálculo utilizados por la AFC para determinar el daño a la economía. La Cour de Cassation declaró que en este cálculo debería haberse tenido en cuenta también la elasticidad de la demanda, además del tamaño del mercado y la proporción de operadores del mercado que se sumaron a la práctica. Sin embargo, la decisión no estableció la obligación de la AFC de efectuar una determinación precisa del daño. Por tanto, la Cour de Cassation devolvió el caso a la Cour d'Appel para su nuevo examen.

La AFC se atuvo a esta decisión. En una resolución de 2010, la AFC invocó la decisión de la Cour de Cassation antes de analizar los efectos de un incremento artificial del precio;⁹ en ese mismo año, en un caso relativo a comisiones por compensación multilateral de cheques, la AFC dictó una decisión en la que examinó el impacto de las infracciones en cada categoría de clientes, incluyendo un cálculo cuantitativo de los incrementos de precio. Ofreció una estimación, basándose en que por cada céntimo adicional de sobreprecio, el precio pagado por los clientes se incrementaba en 220 millones EUR en total durante todo el período en cuestión.

Ese mismo año, el Ministro de Economía, Industria y Empleo inició un estudio convocando un grupo de expertos para estudiar la evaluación de las multas en materia de competencia, en el que participaron asimismo diversas partes interesadas en la regulación de la competencia.¹⁰

Posteriormente, la AFC publicó su Nota de 16 de mayo de 2011 sobre el método de fijación de sanciones económicas, que se hizo eco de la sentencia de la Cour de Cassation señalando expresamente que “no cabe presumir los daños causados a la economía”.

14. Sin embargo, esto no significa que el perjuicio efectivo ocasionado por un cártel no pueda ser una consideración relevante a efectos de fijar sanciones.

- Algunas jurisdicciones prevén sanciones para comportamientos de cártel teniendo en cuenta de alguna forma los efectos de la infracción al calcular la multa, por ejemplo tomando en consideración el alcance del cártel o la magnitud de los daños/beneficios para los participantes en el cártel, como circunstancias agravantes o atenuantes. Chile, por ejemplo, ha tomado en consideración los beneficios obtenidos por los participantes en el cártel, y la jurisprudencia ha señalado que no se precisa una cuantificación precisa, siempre que sea razonable para creer que tales beneficios existieron. En Francia, Alemania y España, los tribunales han exigido a las autoridades de la competencia que tomen en consideración los efectos de los cárteles al fijar las multas en determinados casos.
- Otras jurisdicciones limitan la multa total a una empresa aplicando un método alternativo que no se basa en el volumen de negocio. En la República Dominicana, por ejemplo, los importes máximos de las multas por cártel oscilan entre 30 y 3000 veces el salario mínimo. No obstante, este sistema puede presentar el riesgo de que las multas máximas infravaloren sustancialmente los beneficios ilícitos reales.

2.4 *La personalización de las multas en función de los beneficios empresariales afectados puede contribuir a una disuasión efectiva*

15. En última instancia, el factor determinante para asegurar que los daños y sanciones administrativas por comportamiento ilícito de las empresas tengan un efecto disuasorio adecuado se basa en el principio de que las sanciones económicas esperadas han de ser superiores a la ganancia prevista. Dado que los beneficios empresariales y los daños a los consumidores es probable que estén estrechamente vinculados en muchos casos de cártel, el principio básico de la disuasión mediante la aplicación de multas y daños consiste en que la suma de estos dos conceptos debe ser suficiente para que su valor previsto exceda de los beneficios empresariales esperados. Dado que la tasa de detección de los cárteles no alcanza el 100%,¹¹ las multas y daños han de superar los beneficios multiplicados por un cierto factor a fin de lograr un efecto disuasorio pleno.¹² Por ejemplo, si el 50% de los cárteles no son descubiertos, los daños y sanciones económicas impuestos a las empresas deben superar los beneficios empresariales ilícitos multiplicados por un factor de 2. Si un 90% de los cárteles no son descubiertos, el factor apropiado sería 10, lo que podría plantear la pregunta de si una multa tan cuantiosa es “justa”, aun cuando sea necesaria con fines disuasorios. Uno de los motivos de que sean habituales las multas máximas como porcentaje del volumen de negocios consiste en garantizar que las sanciones sean justas. Ahora bien, las sanciones máximas no siempre suponen una disuasión efectiva, en especial si la tasa de detección de cárteles es baja.

16. Aunque esa observación podría parecer en un primer momento un retroceso en el principio de que la disuasión efectiva constituye un aspecto necesario de la ley en casos de comportamientos graves, como la participación en un cártel, no es este el sentido que se pretende. Procede señalar que las sanciones, incluidas las de carácter penal, las multas individuales, la inhabilitación de directivos o la exclusión de licitaciones, pueden desempeñar una función importante en la disuasión de los cárteles, al menos en las jurisdicciones en las que estas medidas están previstas y son aplicadas. Si bien se limitan por lo general a los daños reales sufridos, los daños privados refuerzan el efecto disuasorio de las multas y, desde el punto de vista de las empresas que llevan a cabo el cálculo de las pérdidas y ganancias esperadas por la participación en un cártel, las multas y los daños son básicamente intercambiables. En la medida en que no estén previstos los daños privados, es posible que las multas tengan que ser mayores que en las jurisdicciones en las que las demandas por daños privados están bien consolidadas, ya que, en la práctica, es probable que se produzca cierta compensación en los efectos de las demandas de cártel públicas y privadas, aunque los objetivos del sector público y del sector privado sean diferentes. Si las demandas por daños privados incrementan el importe que las empresas han de pagar en el marco de un procedimiento de cártel, es posible conseguir, con unas multas más bajas, un efecto disuasorio equivalente al de un régimen

que no prevea tales daños privados. En algunos países, como Estados Unidos, con frecuencia los daños pueden ser superiores a las multas debido a las normas sobre compensación por el triple de los daños en los casos de cártel.

2.5 *Con objeto de disuadir la creación de cárteles, las multas pueden basarse en un factor multiplicador de los beneficios empresariales, teniendo en cuenta la probabilidad de que muchos cárteles no sean descubiertos. En muchos casos, esto puede lograrse aplicando multas en función del porcentaje de la actividad económica afectada.*

17. El uso de un porcentaje de la actividad económica afectada con vistas a fijar la multa base persigue asegurar que su cuantía sea proporcional, en cierta medida, al daño a los consumidores o a los beneficios empresariales obtenidos por la actividad ilegal. Obviamente, si las multas son insignificantes en comparación con los beneficios potenciales de la actividad ilegal, los incentivos económicos para abstenerse de dicha actividad ilegal serán escasos. Por el contrario, si los beneficios y daños son insignificantes con respecto a la cuantía de la multa, ésta puede ser considerada, en cierto sentido, excesiva y un potencial abuso de la potestad sancionadora.¹³ Así pues, es preciso alcanzar un delicado equilibrio a la hora de determinar el enfoque adecuado para la fijación de las multas, y una posible forma consiste en tomar en consideración al menos los niveles medios de daño a los consumidores o beneficios empresariales.

Recuadro 2. La estrecha relación entre beneficios ilícitos y multas por cártel en Chile

Los beneficios ilícitos juegan un papel importante en la determinación de las multas por cártel en Chile, aunque en este contexto han de tenerse en cuenta otros factores y circunstancias modificativas de la responsabilidad. Sin embargo, no es preciso establecer el importe exacto de dichos beneficios si no hay disponibles datos empíricos, pudiendo bastar una estimación simplificada.

En un importante caso relativo a prácticas colusorias en el mercado de aves de corral,¹⁴ una de las partes alegó que su participación no había ocasionado un perjuicio significativo al mercado. La Autoridad Chilena de la Competencia (FNE) presentó un informe con un análisis cuantitativo de los daños causados al mercado por los acuerdos colusorios (que no fue utilizado por el Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile, TDLC, por la alegación de deficiencias metodológicas). En el recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo, una de las partes adujo que el TDLC no disponía de pruebas suficientes sobre los efectos reales o potenciales de esa conducta, por lo que no podía determinar la gravedad del comportamiento ni la multa correspondiente. Asimismo se alegó que el TDLC no tenía ningún fundamento para determinar un sobreprecio de al menos un 3% al no haber tomado en consideración las pruebas que demostraban que dicha conducta no produjo efectos en los precios. El Tribunal Supremo declaró que el cálculo de las multas no supone un cálculo mecánico de los beneficios ilícitos, sino que es preciso ponderar una serie de factores (por ejemplo, si la infracción afecta a sectores económicos clave) para la fijación de la multa. No es preciso realizar una cuantificación específica de los beneficios ilícitos siempre que pueda estimarse razonablemente que tales beneficios existieron.

En otros casos recientes, el Tribunal Supremo llegó a conclusiones similares. Por ejemplo, en sentencias dictadas en casos de cártel en los mercados de servicios sanitarios ginecológicos¹⁵ y de transporte se declaró que la determinación de la multa no consiste en un mero cálculo mecánico de los beneficios ilícitos, sino que los demás factores enumerados en la Ley de Competencia también desempeñan una función a estos efectos.¹⁶

En el primero de los casos citados, la FNE solicitó al Tribunal Supremo que incrementara el importe de la multa, entre otras razones por la pérdida de bienestar social derivada de los acuerdos colusorios en el mercado de asistencia sanitaria. El Tribunal Supremo declaró que las sanciones habían sido fijadas correctamente por el TDLC en función de los beneficios ilícitos obtenidos. En el segundo de los casos citados, el Tribunal Supremo señaló que, aunque los beneficios ilícitos no podían determinarse con precisión, ello no impedía concluir que tales beneficios existieron, por lo que las multas calculadas por el TDLC no fueron irrazonables –de hecho, el Tribunal Supremo incrementó las multas impuestas a la luz de otros factores. El Tribunal Supremo llegó a una conclusión similar en su sentencia sobre un caso de colusión en el transporte por autobús,¹⁷ declarando que, aunque los beneficios ilícitos no podían cuantificarse con exactitud, una estimación razonable podría servir de base para el cálculo de la multa. Para calcular la multa, se tomaron en consideración otros factores distintos de los beneficios ilícitos; por ejemplo, la gravedad de la infracción aumentó por afectar a un “sector muy sensible de la población”, esto es, el transporte entre las localidades rurales de Caldera y Copiapó.

18. Multas a los miembros del cártel como un porcentaje de la actividad económica generada en Estados Unidos. Para profundizar en la idea de que las multas pueden basarse en el daño a los consumidores o en los beneficios empresariales, es interesante revisar el origen histórico. El motivo básico para que, conforme a las Directrices sobre sanciones alternativas de Estados Unidos, las multas se calculen como un porcentaje de la actividad económica afectada consiste en vincular las multas, en cierta medida, a los daños o beneficios esperados en general. Según las observaciones presentadas por Estados Unidos en la mesa redonda sobre sanciones de 2016, “la Comisión de Sanciones de los Estados Unidos considera que las multas por delitos económicos han de estar estrechamente relacionadas con las ganancias obtenidas por los infractores o con las pérdidas resultantes para las víctimas”. Pero dicha Comisión señaló asimismo que determinar los beneficios o las pérdidas puede ser difícil. En el caso de las infracciones relacionadas con cárteles, las Directrices recurren a una aproximación sencilla de las pérdidas y ganancias, explicando que: “La finalidad de especificar un porcentaje del volumen de negocios radica en ahorrar los gastos y el tiempo que necesitaría el tribunal para establecer los beneficios o pérdidas efectivos.” Es interesante reparar en que el principio de fundamentar las multas en los beneficios o daños del cártel inspira el principal sistema sancionador de los cárteles; otros sistemas, en mayor o menor grado, pueden haber extraído ideas de dicho sistema sancionador.

19. En la Unión Europea, después de incrementar el importe básico para reflejar las circunstancias agravantes o disminuirlo para tener en cuenta las circunstancias atenuantes, la Comisión Europea tiene la facultad de aumentar específicamente el importe ajustado de las multas con fines disuasorios o de restitución de los beneficios ilícitos. Conforme a las Directrices de la Unión Europea para el cálculo de las multas: “Asimismo, la Comisión tendrá en cuenta la necesidad de incrementar la sanción para superar el importe de las ganancias ilícitas obtenidas gracias a la infracción, cuando sea posible proceder a este cálculo” (apartado 31). El efecto de esta norma es permitir el incremento de las multas cuando las circunstancias lo justifiquen. Así, algunas importantes jurisdicciones han introducido una norma en sus directrices sobre multas en virtud de la cual, si fuera posible, al fijar las multas puede tomarse en consideración el impacto real de la infracción (beneficios ilícitos o daños causados).

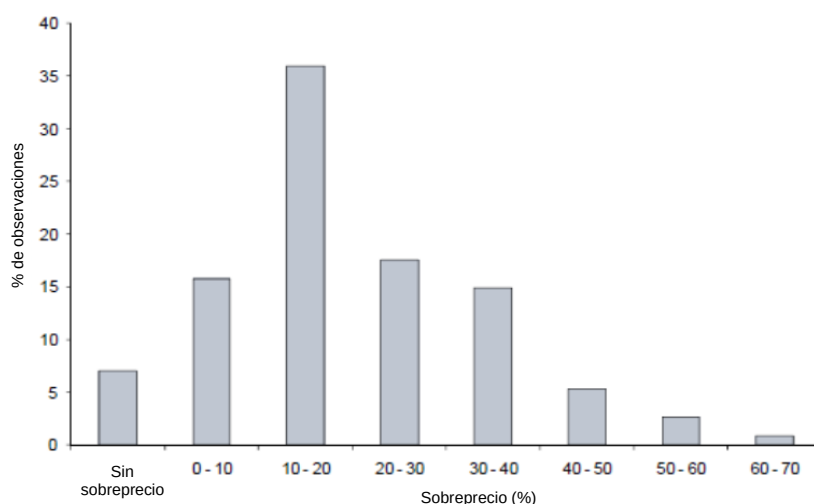
2.6 *La proporcionalidad de la multa con el daño a los consumidores (o los beneficios empresariales ilícitos) no se asegura necesariamente en todos los casos con multas fijadas como un porcentaje fijo del volumen de negocio afectado, pero puede conseguirse con un promedio.*

20. La ventaja de usar un sistema basado en un valor promedio (como por ejemplo, multas que supongan un 20% del volumen de negocio afectado a lo largo de la duración de un cártel) para fijar las multas estriba en que se utiliza una aproximación de cifras que, en otro caso, serían difíciles de calcular y que los tribunales u organismos decisorios tendrían dificultades para evaluar.¹⁸ Por lo general, la cifra del 20% no implica una penalización, sino que más bien persigue la disuasión o la restitución de los beneficios ilícitos, puesto que el incremento medio de los precios ilícitos puede equivaler a un porcentaje comparable. Con objeto de velar por que las multas sean adecuadas en un determinado caso y para una empresa dada, se aplican entonces las circunstancias atenuantes y agravantes, según se indica en OCDE (2013) y OCDE (2016). Tal como concluyeron los citados estudios, no es particularmente habitual que las normas formales tomen en consideración los daños (o los beneficios obtenidos por los miembros del cártel) como potencial circunstancia atenuante (si son bajos) o agravante (si son altos). Ello no significa que, en la práctica, estas consideraciones no influyan en la determinación final de la cuantía de las multas.

21. Aunque el método de garantizar que las multas estén relacionadas con los beneficios medios obtenidos por los miembros del cártel o los daños causados puede resultar un sistema práctico, pasa por alto las diferencias sustanciales existentes en los impactos que producen los cárteles. Según el análisis de las estimaciones de sobrepuestos de los cárteles que citan Oxera y Komninos (2009) y que se muestra en el gráfico 1, los sobrepuestos oscilan entre un 0% (en aproximadamente un 7% de los casos) y un 70% (o más),

con un rango de la medida entre un 10% y un 20%¹⁹. Ello significa que, en los cárteles examinados, la mediana de los precios se sitúa entre un 10% y un 20% por encima del nivel que existiría fuera del cártel.

Gráfico 1. Estimaciones de sobreprecio histórico



Fuente: Connor y Lande (2008), según consta en el estudio de Oxera y Komninos (2009). Adviértase que el estudio de Oxera y Komninos se elaboró con carácter independiente para la Comisión Europea, como preparación a las directrices relativas a la cuantificación de daños, y llevó a cabo un examen detallado del innovador metaestudio de Connor y Lande sobre los daños causados por los cárteles.

Recuadro 3. Sanciones por acuerdos no ejecutados o ni siquiera concluidos

La posible intervención de los daños efectivos en el cálculo de las multas resulta especialmente interesante en casos como *Zucarmex*²⁰, referente a una colusión en el mercado azucarero mexicano. En dicho caso, la práctica colusoria comprendía acuerdos que no habían sido ejecutados en sentido estricto a lo largo de la duración de la infracción. La Autoridad Mexicana de la Competencia, COFECE, estimó el aumento de precio propiciado por estos acuerdos colusorios en términos cuantitativos, teniendo en cuenta expresamente esa ejecución incierta. Ese importe estimado sirvió de base para las sanciones.

La Comisión para Promover la Competencia (CPC) de Costa Rica también conoció de un caso²¹ en el que no fue posible demostrar si el acuerdo de cártel fue finalmente puesto en práctica. En este contexto, la CPC no tuvo en cuenta la falta de ejecución del acuerdo a efectos de apreciar la existencia de una infracción, pero tomó en consideración este hecho como circunstancia atenuante de cara a la imposición de la multa.

En Australia, el Tribunal Federal Australiano ha dictado muy recientemente una sentencia sobre el caso *ANZ*,²² que versaba sobre la colusión y manipulación de índices financieros de referencia. El Tribunal Federal tuvo que examinar acuerdos previstos pero que finalmente no llegaron a concluirse y que, por tanto, no influyeron en los índices financieros de referencia, tal como alegaron los demandados. En este contexto, la sentencia indicó que “aunque el potencial efecto adverso de las tentativas de infracciones no puede cuantificarse y ni siquiera estimarse, no cabe simplemente descartarlo como insignificante o trivial”, añadiendo que “siguen siendo, no obstante, tentativas de infracciones muy graves”. El Tribunal Federal declaró asimismo que toda sanción ha de ser “proporcionada a la infracción”.

22. El gráfico 1, que muestra la amplia variación de los sobreprecios, pone de manifiesto por qué las autoridades de la competencia pueden utilizar válidamente el impacto individual del cártel a la hora de fijar las multas, y no sólo el impacto medio. Dado que la variación de los sobreprecios es sustancial, también lo

es la variación de los daños y de los beneficios ilícitos obtenidos por los miembros del cártel. Un método que fije, a través de una fórmula, una multa base en función de un porcentaje fijo de la actividad económica afectada, y que a continuación no aplique, como circunstancia atenuante, la escasa intensidad del impacto, pasará por alto estas variaciones y podría dar lugar a multas que excedan de los daños o beneficios ilícitos esperados.²³ Al mismo tiempo, en el caso de los cárteles cuyo impacto en los precios supere sustancialmente la media, es posible que la multa base no llegue siquiera a exceder de los beneficios ilícitos a menos que las circunstancias agravantes permitan apreciar el volumen de los daños o beneficios ilícitos, si bien en tal caso las multas disuasorias podrían alcanzar niveles impagables en la práctica.

3. Conocer la cuantía de los daños a los consumidores (o los beneficios ilícitos) puede ser un elemento útil, entre otros muchos, para determinar si los niveles de las multas están relacionados adecuadamente con el impacto del comportamiento analizado.

23. Si aplicar un porcentaje fijo del volumen de negocio afectado como multa base puede dar lugar en ocasiones a multas sustancialmente superiores a los daños a los consumidores o beneficios ilícitos,²⁴ ¿cómo pueden responder las autoridades de competencia y los órganos decisorios? Un posible enfoque consiste en garantizar que las circunstancias agravantes y atenuantes puedan tomar en consideración los daños o beneficios ilícitos de un cártel. Otro enfoque consiste en tener en cuenta las pruebas de los daños o beneficios ilícitos, sin calcular necesariamente la cuantía. A este respecto, la jurisprudencia ha insistido, en algunas raras ocasiones, en tener en cuenta seriamente los efectos, según se explica en los recuadros 1 y 4. Ello no significa que en los casos en que los tribunales insisten en prestar mayor atención a los efectos, las multas deban ser estrictamente proporcionales, en sentido matemático, a los daños o beneficios ilícitos. Una multa base como un porcentaje fijo del volumen de negocio puede servir como norma general, pero podría requerir un ajuste sustancial en casos específicos. Los tribunales y las leyes de competencia raramente insisten en una cuantificación precisa, pero en ocasiones se interesan en garantizar que, al calcular la cuantía de las multas, se tomen en consideración debidamente los beneficios ilícitos o los daños reales (o esperados).

Recuadro 4. Los órganos jurisdiccionales superiores exigen la estimación de los daños

Con independencia de la forma de estimar los daños producidos por el cártel (por ejemplo utilizando, a modo de aproximación, los efectos en los precios, los beneficios ilícitos o la duración), en algunos casos los órganos jurisdiccionales superiores han criticado al tribunal inferior por no determinar o al menos estimar los daños del cártel. Además de los casos ya citados en el presente documento, pueden añadirse los ejemplos de España, Canadá, la Unión Europea y Australia.

En 2012, la Comisión Nacional de la Competencia (entonces CNC, y actualmente CNMC) multó a tres compañías cementeras por comportamiento de cártel consistente en fijación de precios y reparto del mercado.²⁵ En el marco del recurso de casación, el Tribunal Supremo de España anuló la sanción y devolvió el caso a la CNMC para que cuantificara la multa con arreglo a los artículos 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia de España.²⁶

El Tribunal Supremo declaró que, a efectos del cálculo de las multas, deben tenerse en cuenta, entre otros factores, el alcance y la duración de la infracción y sus efectos en los derechos de los consumidores y usuarios.

El Tribunal declaró que, a este respecto, no es suficiente que la CNMC delimite el tamaño y las características del mercado relevante, sino que debe calcular también la cuota de mercado afectada por la infracción y el grado de participación de cada empresa en el reparto ilegal del mercado; en caso de que la CNMC no disponga de los datos necesarios para estos cálculos, deberá llevar a cabo una estimación. Asimismo, según el Tribunal, la CNMC debería haber tomado en consideración la breve duración de la infracción, que constituye un indicador del efecto de las prácticas colusorias sobre los consumidores y usuarios.

El Tribunal Supremo destacó que las multas deben ser proporcionadas a la concreta distorsión de la competencia ocasionada en cada caso. Si la CNMC opta por no apreciar circunstancias atenuantes o agravantes, no podrá imponer el nivel máximo de la multa.

Posteriormente la CNMC redujo la multa impuesta al recurrente de 1.425.299 a 783.914 EUR. Procede señalar que esta decisión fue objeto de dos votos particulares discrepantes. En uno de dichos votos particulares, D. Benigno Valdés Díaz señaló, entre otras cuestiones, que la CNMC erró al no tener en cuenta que algunos de los acuerdos anticompetitivos nunca fueron puestos en práctica, por lo que no produjeron efectos.²⁷

En Canadá, la falta de estimación del daño causado por el cártel fue reprochada judicialmente en el caso *Maxzone Autoparts*, que tenía por objeto un cártel de fijación de precios.²⁸ El Tribunal Federal de Canadá criticó el hecho de que, aunque el representante de la Corona alegó que el perjuicio económico ocasionado por la infracción en cuestión se “consideraba significativo” a efectos del cálculo de la multa, no se le presentaron elementos suficientes que le permitieran valorar la exactitud de esa afirmación. El Tribunal destacó que en el futuro deberán presentarse elementos que le permitan apreciar (i) la magnitud del perjuicio económico y (ii) la forma en que el perjuicio económico influyó en la determinación de la sanción.²⁹ El Tribunal dijo que, a la luz de las pruebas disponibles, no podía determinar si una multa calculada únicamente como un porcentaje del volumen de negocios de la empresa infractora resultaba adecuada o proporcionada.³⁰ Sin embargo, el Tribunal admitió “en última instancia y con renuencia” imponer la multa propuesta “habida cuenta de que las prácticas precedentes generan la expectativa comprensible de que el Tribunal la impondrá”.

En la Unión Europea, la Comisión Europea no está obligada a determinar si ciertas infracciones, en concreto las infracciones por el objeto, producen efectivamente un impacto en el mercado, ya que tales acuerdos están prohibidos por razón del objeto. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que, aunque no es necesario que la infracción por el objeto tenga una repercusión efectiva, si la Comisión decide valorar la repercusión efectiva de la infracción en el mercado a fin de calcular la multa –lo cual posiblemente no sucederá con frecuencia– no puede limitarse a utilizar una simple presunción del daño. La Comisión debe aportar, en cambio, indicios concretos verosímiles y suficientes que permitan apreciar la influencia efectiva que la infracción haya podido tener en la competencia en dicho mercado.³¹

En Australia, cabe citar también una decisión judicial ilustrativa en materia de cuantificación de multas en el ámbito del Derecho de competencia, aunque no se trata de un caso de cártel y no debe entenderse que el razonamiento seguido se aplica necesariamente a los casos de cártel. El Tribunal Federal de Australia se mostró en desacuerdo con la ACCC en cuanto al rango de la multa que debía imponerse en el caso *Telstra*, relativo a un abuso de posición dominante, decantándose por una multa inferior a la propuesta por la Autoridad.³² La infracción imputada consistía en una denegación del acceso a la interconexión por Telstra, un operador de telecomunicaciones en posición dominante. El Tribunal Federal de Australia declaró que no disponía de pruebas suficientes para concluir que los solicitantes de acceso hubieran sufrido pérdidas o daños. Esgrimió, en cambio, el argumento *prima facie* de que las infracciones ocasionaron daños a los consumidores y usuarios finales. No obstante, a efectos de fijar la multa, el Tribunal Federal señaló que la “incapacidad de ACCC de cuantificar los daños es un elemento al que ha de atribuirse cierto peso”. Al explicar por qué la multa finalmente impuesta no estaba comprendida en el rango propuesto por la ACCC (sino que fue inferior), el Tribunal Federal hizo notar que la ACCC “no ha demostrado que los solicitantes de acceso hayan sufrido pérdidas efectivas” (entre otras razones que justificaron la menor cuantía de la multa).

3.1 *Aunque en algunos supuestos estimar la cuantía del daño puede resultar muy difícil, cuando tal cálculo sea viable, prescindir de la cuantía del daño puede crear situaciones en las que empresas que ocasionaron unos daños escasos o nulos sean multadas con un importe considerablemente superior a la estimación razonable del importe necesario a efectos disuasorios*

24. En la medida en que, según un grupo de datos, en torno a un 7% de los cárteles parecen no tener efectos demostrables en los precios, tal como indica el gráfico 1,³³ los beneficios empresariales obtenidos por tales actividades son posiblemente cero. En esos casos, las multas calculadas en virtud de una multa base superarán necesariamente de modo sustancial a cualquier estimación razonable de los beneficios efectivos, aunque no rebasarán en todo caso a los beneficios ilícitos esperados. Si otro 15% de los cárteles producen un impacto en los precios de entre un 0% y un 10%, tal como muestra el gráfico 1, los beneficios empresariales son también limitados. En tales casos, las grandes multas estandarizadas excederían también de los beneficios ilícitos. Cuando los efectos del cártel sobre los precios son uniformes, la utilidad de considerar la cuantía de los daños en los casos concretos puede ser limitada. Pero muchos factores pueden propiciar una variación de los efectos en los precios y los beneficios, por lo que estimar la cuantía, una

aproximación de la misma o el rango probable en el que se sitúa puede ser un factor relevante de cara a determinar el nivel adecuado de la multa en casos concretos. Las multas desproporcionadas en supuestos de bajo impacto pueden suscitar problemas de equidad y justicia que no se plantean para los cárteles de alto impacto, en los que las multas y otras sanciones pueden ser demasiado bajas a efectos disuasorios. Por otra parte, unas multas desproporcionadas podrían generar un potencial “coste” de una disuasión excesiva, como un efecto paralizador de la cooperación con las autoridades de competencia y una potencial reducción de los incentivos de acogerse a programas de clemencia, especialmente para obtener clemencia parcial como solicitante ulterior.

3.2 *Los beneficios de los cárteles para las empresas serán mayores o menores dependiendo de las condiciones económicas*

25. Tomar en consideración el importe de los daños puede permitir tener en cuenta las variaciones reales y comprensibles de los efectos del cártel como consecuencia de las condiciones de la oferta y la demanda. Por ejemplo, en productos en los que las ganancias del cártel sean muy bajas (por ejemplo, por los estrechos márgenes de ganancias como consecuencia del cártel) en comparación con otros muchos productos, utilizar el porcentaje estándar del volumen de negocio puede dar lugar a un nivel excesivo de la multa en relación con el beneficio esperado.³⁴ La elasticidad de la demanda puede ser una variable clave que incida en el grado en que los cárteles puedan subir los precios (véase, a este respecto, la sentencia de la Cour de Cassation citada en el recuadro 1). Por ejemplo, la existencia de productos sustitutivos directos que no sean objeto del cártel puede asegurar una alta elasticidad-precio de la demanda a un cierto nivel de precio, impidiendo así un incremento abultado del precio por el cártel. Por el contrario, cuando la elasticidad de la demanda sea inusualmente baja, la capacidad de los cárteles de incrementar los precios puede ser significativamente mayor.

3.3 *El comportamiento de cártel comprende ciertas conductas que posiblemente no propicien mayores precios/menores cantidades en algunos casos*

26. Si las autoridades de la competencia toman en consideración la cuantía de los daños, pueden de ese modo tener en cuenta el hecho de que algunos tipos de cárteles (p. ej., el intercambio de información) producen unos beneficios empresariales escasos o nulos en ciertos casos, a falta de un acuerdo de limitar la cantidad y de un mecanismo que sancione a los miembros del cártel que no cumplan dicho acuerdo. La falta de sobrepuestos en algunos cárteles puede deberse, por ejemplo, a la no ejecución de un acuerdo, a acuerdos previstos que finalmente no se celebran (como se muestra en el recuadro 3) o a intercambios de información que, aunque se consideran ilegales o irregulares, no producen efecto en los precios (si bien es posible que, aun así, merezcan una sanción económica).

27. En los casos en que no existen sobrepuestos, conviene estudiar la jurisprudencia local relativa a si, para fijar las multas, es determinante el objeto o los efectos. Por ejemplo, si 2 hoteles son los únicos que operan en un mercado e intercambian información sobre precios medios y ocupación de cara al futuro, el efecto puede consistir en aumentar los precios en períodos de demanda demostrablemente alta y disminuirlos en períodos de baja demanda. La información puede ser también de gran interés para los directivos, que están interesados en compararse con sus competidores. La información puede servir también como instrumento de una estrategia de cártel más amplia. Pero sin otros datos, el impacto del intercambio de información puede ser difícil de evaluar. Como señaló la OCDE (2010), “el mero intercambio de información suscita ... desafíos significativos ya que es crucial determinar si se aproxima más a una infracción de tipo cártel o a una cooperación para fomentar la eficiencia.” Para un examen más completo de cuándo el intercambio de información plantea problemas de cártel, véase OCDE (2010), OCDE (2008) y OCDE (2012). En la medida en que el intercambio de información se dirija esencialmente a identificar los períodos de baja demanda, en los que los precios lógicamente bajarán, puede contribuir a elevar la cantidad total de ventas, lo cual los economistas consideran en general un efecto de refuerzo de la eficiencia.

3.4 ***La variación de los beneficios obtenidos de los cárteles por los infractores es sustancial y ha de tenerse en cuenta si las multas deben variar, en ocasiones, en función de los daños a los consumidores o los beneficios ilícitos***

28. Dado que los beneficios que las empresas perciben de los cárteles varían significativamente, al igual que los daños causados a los consumidores, tal como indica el gráfico 1 relativo a los incrementos del precio del cártel, conviene analizar si una regla basada en la disuasión seguirá siendo eficaz si se personaliza en función del impacto efectivo o esperado del cártel, en la medida en que este cálculo sea posible. Por ejemplo, en Chile, un objetivo de las multas antimonopolio consiste en recuperar las ganancias ilícitas (restitución de beneficios), lo que requiere considerar los beneficios económicos obtenidos con la conducta ilegal; el régimen de la Federación de Rusia contra las infracciones de la legislación antimonopolio se basa en la restitución de los beneficios ilícitos.³⁵ Es evidente que una mayor personalización de las multas por cártel no es necesaria u oportuna en todos los sistemas jurídicos. Pero puede merecer la pena estudiar este sistema cuando sea viable y cabe sugerir que al menos cuando las autoridades de la competencia disfruten de facultades sancionadoras discrecionales, es posible que éstas deseen calcular, sólo para uso interno, la cuantía estimada de los daños, beneficios ilícitos o ambos, con vistas a evaluar si la multa potencial resulta equitativa y proporcionada comparativamente.

Recuadro 5. Cuantificación del daño en Alemania

Con arreglo al artículo 81, apartado 4, de la Ley de Competencia alemana (GWB), según ha sido interpretado por el Tribunal Federal de Justicia,³⁶ la Autoridad Alemana de Competencia (*Bundeskartellamt*) debe fijar las multas en función del volumen de negocio y teniendo en cuenta, entre otras cuestiones, el principio de proporcionalidad y la gravedad de la infracción, pudiendo constituir un elemento de la gravedad los efectos de la infracción en el mercado. En este sentido general, la dimensión de los daños causados por la infracción (por ejemplo, el aumento de precio resultante de un acuerdo) ha de tenerse en cuenta a efectos de calcular las multas. No obstante, no es preciso cuantificar o contabilizar estos daños de manera independiente o explícita.

Las Directrices alemanas sobre sanciones señalan de forma expresa que, a efectos de determinar las multas, no es relevante el cálculo de los efectos reales de la conducta en el mercado. En particular, “una multa proporcionada a la gravedad del caso no debe cuantificarse fundamentalmente según sus efectos en el mercado”. Ello sería “incompatible con la evaluación previa general prevista en el marco legal de las sanciones”. Además, aunque los potenciales daños y los beneficios ilícitos pueden tomarse en consideración a efectos de fijar una multa, no se apreciarán como un factor aislado o independiente.

Los siguientes casos ilustran la forma en que el Tribunal Regional Superior de Düsseldorf y el *Bundeskartellamt* han aplicado este principio en la práctica.

Una reciente sentencia del Tribunal Regional Superior de Düsseldorf (OLG) tiene por objeto una solicitud de acceder a la documentación de clemencia.³⁷ Tras denegar esta solicitud, el OLG señaló que, en todo caso, la documentación de clemencia no recoge información sobre precios (como el precio hipotético en ausencia de cártel) que resulte de utilidad en el marco de las demandas por daños. Ello se debió a que, conforme al nuevo régimen sancionador introducido por la 7ª enmienda de la Ley de Competencia de Alemania, las multas se basan exclusivamente en el volumen de negocio (determinar el sobreprecio del cártel había sido necesario para fijar las multas en el pasado, pero ya no es pertinente para el cálculo de las multas). Por consiguiente, la documentación de clemencia no proporcionaría información acerca de la magnitud de los daños causados a los consumidores.

Los tribunales han seguido esta línea en su práctica decisoria. Por ejemplo, al calcular la multa que procedía imponer en un caso relativo a electrodomésticos,³⁸ el *Bundeskartellamt* formuló algunas consideraciones básicas acerca del impacto que los acuerdos produjeron en el mercado. Sin embargo, no se proporcionó información alguna sobre la función exacta que este factor, independientemente considerado, desempeñó en la determinación de la multa.

En Alemania, estas consideraciones sólo se aplican a la determinación de la multa, pero no para apreciar la infracción. En un caso referente al mercado de publicidad televisiva,³⁹ se reconoció que no todos los acuerdos en cuestión tenían necesariamente efectos anticompetitivos (y algunos de ellos eran incluso beneficiosos). Sin embargo, la Autoridad indicó que los efectos son irrelevantes para apreciar un comportamiento anticompetitivo (y sólo presentan pertinencia para determinar si la conducta está amparada por una excepción de *minimis* o de “carácter apreciable”).

29. Algunos de los argumentos esgrimidos en contra de una mayor correlación entre multas y daño merecen una consideración. La jurisprudencia de diversas jurisdicciones reconoce el valor de las inferencias sobre daños, sin pruebas directas de dichos daños. En estos casos, evaluar los daños o los beneficios ilícitos puede simplemente no ser necesario desde un punto de vista legal, aunque esa evaluación puede ser útil para que la autoridad de competencia priorice los casos.

3.4.1 La simplificación del cálculo de la multa es un motivo para no considerar la repercusión de los cárteles

30. Uno de los argumentos en contra de la personalización de las multas a la luz de los daños o beneficios efectivos se fundamenta en las limitaciones de los tribunales para evaluar complejos análisis económicos.⁴⁰ Este parece ser el enfoque en el que se inspira, por ejemplo, la motivación de las Directrices sobre sanciones de Estados Unidos. Con el tiempo, a medida en que la jurisprudencia sobre los daños privados se desarrolla en profundidad en una jurisdicción, este argumento puede perder atractivo. El argumento de que los sistemas judiciales o administrativos debían utilizar, en aras de la simplicidad, un indicador medio de la cuantía de la multa tal vez fue cierto en su momento; ahora, tanto las empresas como los responsables de la toma de decisiones están cada vez más familiarizados con las técnicas de estimación de daños. El hecho de que la mayoría de los grandes casos de cárteles internacionales den lugar a demandas por daños, con la consiguiente evaluación del importe de los daños, podría contribuir finalmente al desarrollo de normas y técnicas utilizables por las autoridades públicas. Ahora bien, en la medida en que los casos de daños privados se resuelven por transacción extrajudicial, hay que señalar que la jurisprudencia puede no desarrollarse suficientemente como para ofrecer a los profesionales, las autoridades de la competencia y los tribunales orientaciones acerca del cálculo de los daños privados en una determinada jurisdicción. Aunque la técnica adecuada, en su caso, para calcular el daño puede ser distinta en las demandas por daños individuales y en los cálculos de los organismos públicos, es posible que los responsables de tomar decisiones tengan que evaluar cada vez más la cuantía de los daños en ciertos casos, desplegando para ello unos esfuerzos significativos y utilizando los recursos correspondientes. El criterio legal adecuado que se requiere para demostrar la cuantía del daño puede ser un argumento sólido a favor de los métodos simples y estándar, en especial si la demostración del daño implica un criterio penal que excluya toda duda razonable, ya que esto puede ser en la práctica extremadamente difícil.

3.4.2 La previsibilidad se incrementa utilizando cálculos estándar y simples para las multas base, junto con las circunstancias atenuantes y agravantes procedentes.

31. Un argumento alternativo para establecer, para la multa base, un porcentaje simple del volumen de negocio es que la previsibilidad de los niveles de las multas es necesaria en un programa eficaz de clemencia. El argumento consiste en que cuando las empresas hacen cálculos para decidir si se acogen a un programa de clemencia, un factor clave para ellas es el nivel esperado de la multa que la empresa evitará solicitando clemencia. Cuanta mayor incertidumbre exista acerca de ese importe, menos probabilidades habrá de que una empresa solicite la clemencia.

32. Si las decisiones de solicitar clemencia se basan en la previsibilidad de las multas, procede señalar que métodos alternativos de cálculo de las multas (como el doble de la cuantía de los beneficios ilícitos) pueden también ofrecer cálculos previsibles a efectos de acogerse a la clemencia. Por último, como señalaron Combe y Sévy (2010), es posible un equilibrio entre previsibilidad e incertidumbre: la previsibilidad de las multas puede ayudar a las empresas a calcular las consecuencias probables de una eventual infracción de una manera excesivamente precisa, mientras que las multas menos previsibles

dificultarán tales cálculos, lo que ejercerá un efecto disuasorio sobre las empresas que contemplen cometer una infracción.

3.5 Factores pertinentes que abogan en contra del cálculo de los daños o beneficios ilícitos

33. Aunque algunas circunstancias apuntan a la existencia de razones para tener en cuenta la magnitud de los daños o beneficios ilícitos en los casos de cártel, es preciso considerar otros factores, específicos de cada jurisdicción, que indican que el cálculo de los daños no resulta necesario. Entre tales factores se encuentran los siguientes:

- ¿Es la actividad de cártel una infracción *per se* o por el objeto del Derecho de la competencia? De ser así, cabe que no sea necesaria más información sobre los efectos del cártel y, si se incluye en las resoluciones o las alegaciones formuladas ante el juez, podría incluso inducir a los jueces a esperar la presentación de otra información innecesaria, llegando incluso a cuestionar las alegaciones sobre la cuantía de los daños aunque todas las pruebas preceptivas de la infracción hayan sido ya aportadas.
- ¿Los casos sobre daños privados son habituales y tienen éxito? Si los casos sobre daños privados no culminan con éxito, en particular por falta de resolución administrativa, deberá insistirse más en multas elevadas impuestas por la administración pública con miras a lograr un mayor efecto disuasorio.
- ¿El cálculo de los daños o beneficios ilícitos es tan complejo que si hubiera que realizarlo se reduciría la eficacia de la aplicación de las normas en materia de cárteles? Si el cálculo de los daños menoscaba la eficacia global de la aplicación de las normas en materia de cárteles, existiría un argumento para limitar el cálculo de los daños a los casos de daños, y calcular las multas sobre la base de variables más fáciles de evaluar que los daños o los beneficios ilícitos.

34. Pueden existir muchos motivos para que los regímenes de competencia no prevean tener en cuenta, para fijar la cuantía de las multas, los daños o beneficios ilícitos específicos del caso. En algunas jurisdicciones estos factores pueden revestir más importancia que en otras.

4. Cálculo del daño

35. En la medida en que el cálculo del daño causado a los consumidores o los beneficios empresariales sean importantes para determinar las multas, la autoridad de la competencia puede necesitar o pretender obtener una mayor comprensión del nivel de los daños a los consumidores o los beneficios empresariales, incluso cuantificando en su caso tales daños o beneficios ilícitos. En muchas jurisdicciones, tales cálculos no son necesarios. La necesidad de realizar dichos cálculos puede variar, por tanto, dependiendo de la legislación, las prácticas y la jurisprudencia locales. El cálculo de los daños posibles, probables o efectivos del cártel puede realizarse con distinto grado de detalle en función de la jurisdicción. Con gran frecuencia, las autoridades de la competencia no utilizan pruebas cuantitativas por las dificultades que conllevan esos cálculos (como la falta de disponibilidad de los datos pertinentes) y el hecho de que los análisis deben realizarse caso por caso. Algunas autoridades de la competencia se sirven de presunciones para superar estas dificultades; otras prefieren no cuantificar los daños y dejan que los cálculos en el marco de las demandas privadas sean efectuados por los tribunales o a través de transacciones.

Recuadro 6. Inferencias sobre daños

Ante la imposibilidad o dificultad de calcular los daños causados por un cártel, algunas jurisdicciones se basan

en inferencias o hipótesis. Australia, Nueva Zelanda y la Unión Europea son algunos ejemplos de esta práctica.

En el caso del cártel *Singapore Air Cargo*, el Tribunal Federal de Australia afirmó que, pese a la falta de pruebas de los efectos económicos reales de la conducta, tales efectos eran “probables”, por lo que concluyó que “todas estas cuestiones apuntan a la necesidad de unas sanciones sustanciales”.⁴¹ El caso *Telstra* explicado en el recuadro [] *supra* constituye otro ejemplo del uso de inferencias sobre daños en el ámbito de Australia.

En Nueva Zelanda, en el caso *Koppers* se impusieron multas récord, pese a reconocerse que los daños o efectos ocasionados por la fijación de precios no podían demostrarse. En la sentencia *Koppers* ⁴² se afirma que “la magnitud del impacto en el mercado es en gran medida no cuantificable en caso de vulneración de la Ley de Comercio” y que “el impacto efectivo en el mercado de comportamientos como los analizados en este asunto es muy difícil de evaluar. Es muy difícil calcular en qué grado un mercado auténticamente competitivo fue distorsionado por las infracciones cometidas por las empresas y sus directivos (...)”. Las multas se fijaron teniendo en cuenta, entre otros factores, los “probables efectos en los mercados y consumidores”.

La complejidad de la cuantificación del daño ha sido también objeto de debate en la Unión Europea. En el asunto *Industrial Bags*, la Comisión Europea determinó que el impacto de la infracción no podía medirse con precisión.⁴³ En el marco del recurso interpuesto, el Tribunal General declaró que la Comisión no había incumplido su obligación de motivar la decisión impugnada en lo que respecta al impacto efectivo de la infracción en el mercado.⁴⁴ El Tribunal de Justicia confirmó esta decisión.⁴⁵

36. Los métodos que las autoridades de la competencia aplican para realizar estimaciones o cálculos de daños no son necesariamente los mismos que los utilizados en las demandas privadas de daños. Las demandas privadas de daños pueden centrarse en el efecto del sobreprecio y en la defensa de daños repercutidos (“pass-on”). En los procedimientos administrativos, el objeto principal serán los efectos en la producción, que miden las repercusiones negativas de un cártel en el bienestar general; o los efectos en los precios, si el bienestar del consumidor es el centro del cálculo. En el resto de esta sección, analizaremos los efectos inmediatos sobre los precios aplicando el enfoque del bienestar de los consumidores. Procede hacer notar que, en caso de que el cártel afecte a productos intermedios, los efectos en los precios para los consumidores finales pueden diferir de los estimados más abajo.

37. La principal dificultad en el cálculo de los daños ocasionados por los cárteles estriba en estimar los precios y/o las cantidades que habrían existido de no ser por el cártel. Aunque esta tarea puede ser compleja, es importante reconocer que tales cálculos son el fundamento de las demandas por daños privados y, si bien son estimaciones por su propia naturaleza, pueden ofrecer información significativa y valiosa sobre el alcance de los daños derivados de un cártel.

4.1 Cantidad y precio hipotético en ausencia de cártel (“but-for price”)

38. La actividad básica de un cártel consiste en reducir la cantidad de producto vendido y elevar así el precio por encima del nivel que se daría en otro caso y que consideraremos el precio competitivo. El cártel fijará, en cambio, un nivel de precios/cantidades que incrementará sus beneficios, potencialmente hasta un nivel próximo o igual al precio monopolístico en muchos modelos teóricos. No sería para un cártel rebasar significativamente el precio monopolístico, por lo que el precio monopolístico puede considerarse, en la práctica, el límite superior de los precios del cártel.

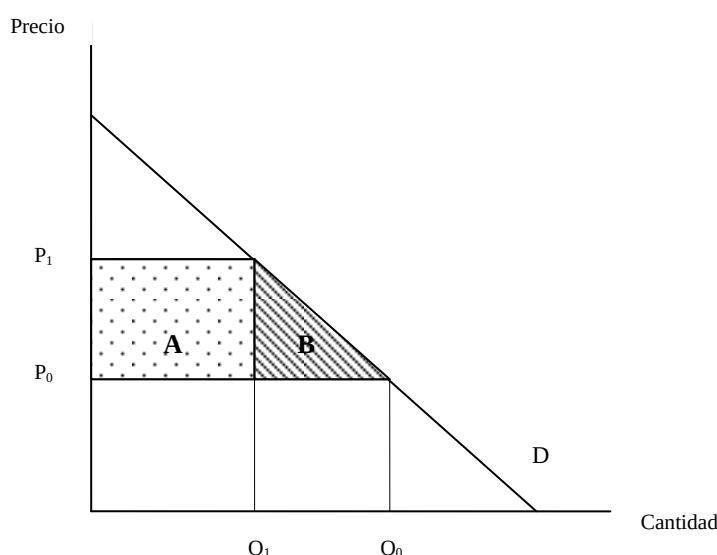
39. El precio que habría existido en ausencia de cártel, en una situación de mayor competencia, se denomina en ocasiones precio de contraste o precio hipotético (“but-for”), ya que representa el precio que se habría aplicado en ausencia de cártel.

Recuadro 7. Cálculos detallados de los precios hipotéticos en ausencia de cártel en Australia

El cálculo de los precios hipotéticos en ausencia de cártel jugó un papel destacado en el caso cementero australiano, que tenía por objeto una conducta concertada anticompetitiva con exclusión del mercado.⁴⁶ La ACCC aportó datos financieros para demostrar el “daño al funcionamiento del mercado” estableciendo el precio hipotético en ausencia de cártel que se habría aplicado en el mercado relevante. El juez del Tribunal Federal intentó responder a esta pregunta: “¿Por qué margen u orden de magnitud superaron los precios, en el período pertinente, a los que se habrían aplicado de no ser por la conducta infractora?”. Se probaron cuatro métodos cuantitativos distintos para dar una respuesta precisa a esta pregunta. Finalmente, las sanciones impuestas ascendieron a un total de 18.620.000 USD.

40. Los efectos de un cártel sobre los consumidores pueden mostrarse en el gráfico 2, en el que p_1 constituye el precio del cártel y p_0 el precio competitivo y precio hipotético de contraste, siendo q_1 la cantidad correspondiente al cártel y q_0 la cantidad hipotética de contraste que se vendería al precio inferior p_0 .⁴⁷

Gráfico 2. Ilustración del daño causado por el cártel a consumidores, con demanda lineal



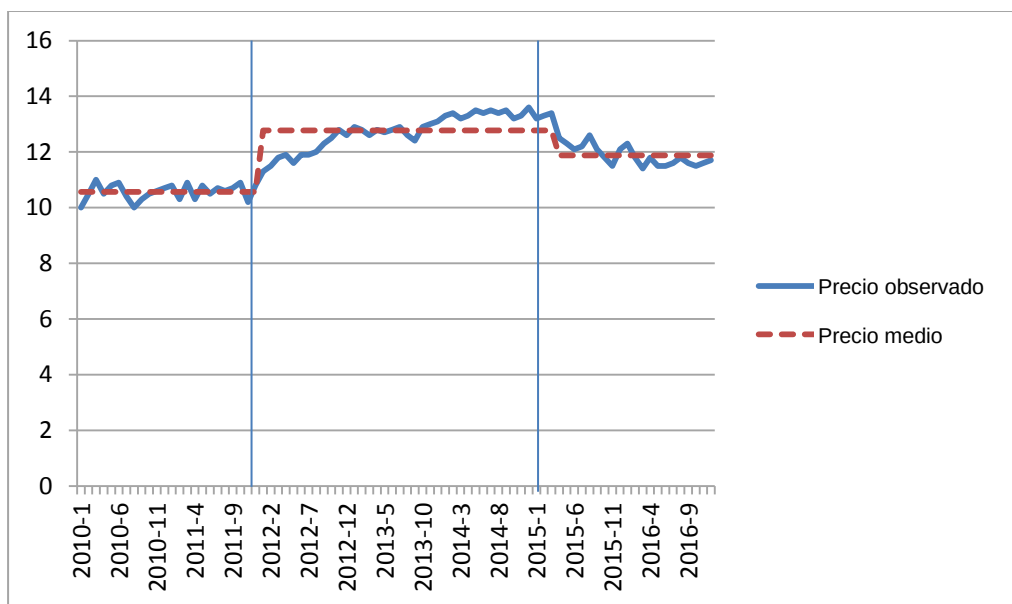
41. El daño ocasionado por el cártel a los consumidores consta de dos elementos. El primero es el mayor precio cobrado por las unidades vendidas en el ámbito del cártel. Este elemento está representado en el área A. Además, los consumidores que quedan al margen sufren, puesto que el precio aumenta por encima del nivel que habrían estado dispuestos a pagar. En este sencillo supuesto, en el que la demanda es una función lineal, esta área está representada por el triángulo B.⁴⁸ Esta área representa las pérdidas irreversibles, ya que en este caso las pérdidas de los consumidores no revierten a los miembros del cártel. Lo fundamental consiste en velar por estimar correctamente el área A, lo que significa que el precio es una variable de importancia clave. Para estimar el área triangular, es también esencial conocer la cantidad hipotética de contraste.

42. El problema de calcular el precio de cártel y el precio sin el cártel no es trivial. A continuación se exponen varios métodos alternativos.

4.2. Método de la media simple

43. En palabras muy sencillas, podemos obtener los precios medios del producto objeto del cártel antes del comienzo del mismo y compararlos con los precios medios durante el cártel. El gráfico 3 muestra una serie hipotética de datos de precio y un conjunto de precios medios.

Gráfico 3. Serie temporal de precios hipotéticos de cártel



44. En la serie temporal de precios que se muestra en el gráfico 3, podemos apreciar la evolución a lo largo del tiempo de los precios correspondientes a un producto hipotético objeto de cártel. En este gráfico, hay al menos tres períodos de tiempo: antes del cártel, durante el cártel y después del cártel. La primera línea vertical indica el momento en el que comenzó el cártel y la segunda línea vertical señala el momento en que terminó. La línea continua de precios indica los precios observados del producto, mientras que la línea de puntos muestra el precio medio en cada uno de los tres períodos. Así pues, uno de los métodos consiste en tomar el precio anterior al cártel como precio esperado durante el período del cártel.

45. El gráfico 3 ilustra algunos de los problemas derivados de la aplicación de un método simple basado en el período anterior y posterior.

46. En primer lugar, durante la vigencia del cártel, los precios no se mantienen estables en torno a la media, sino que en realidad aumentan durante el período inicial del cártel. Así pues, durante un período significativo, los precios del cártel están muy por debajo del precio medio del cártel. Ello se debe a que los cárteles ajustan lentamente los precios de sus productos hasta un nuevo nivel más elevado, con el fin de minimizar la insatisfacción de los clientes y disminuir las probabilidades de detección.

47. En segundo lugar, los períodos anterior y posterior al cártel presentan distintos precios medios. Esto suscita la pregunta de cómo determinar el precio competitivo. ¿Únicamente consultando el precio anterior al cártel? En caso afirmativo, ¿cuánto tiempo antes del cártel hay que tener en cuenta? ¿Deben combinarse los precios anteriores y posteriores al cártel? En caso afirmativo, ¿cómo debe calcularse esa combinación? ¿Ha

existido inflación general durante el período analizado o incrementos específicos de costes relacionados con el producto de que se trata que implican que la diferencia entre el precio medio del cártel y el precio anterior al cártel sea imputable en parte a aumentos de costes y no a la actividad del cártel?

48. El caso del cártel cementero de Alemania pone de manifiesto la dificultad de determinar los precios competitivos. El litigio versaba en parte sobre el hecho de que el Bundeskartellamt había utilizado un período de guerra de precios como referencia para estimar el sobreprecio del cártel. En el recuadro 8 figura más información sobre este caso.

Recuadro 8. El cártel cementero alemán

El Tribunal Regional Superior de Düsseldorf redujo casi a la mitad las multas impuestas por la Autoridad de la Competencia de Alemania (Bundeskartellamt) en un caso de cártel, por razones relativas a la estimación de los efectos del cártel.⁴⁹ En concreto, el Tribunal declaró que las pruebas aportadas para estimar los beneficios del cártel eran insuficientes.

El Bundeskartellamt había multado con un importe total de 660 millones EUR a las seis mayores compañías participantes en un cártel del sector cementero. Para estimar los beneficios adicionales del cártel, la Autoridad de la Competencia había aplicado un método comparativo temporal del mercado. Sin embargo, no tuvo en cuenta los efectos cuantitativos por la muy baja elasticidad a corto plazo del mercado.

El Tribunal analizó las conclusiones del Bundeskartellamt con la ayuda de un experto económico. El experto utilizó un análisis de regresión de series temporales a fin de estimar los efectos del cártel en los precios de mercado. Además de establecer la infracción de cártel utilizando la técnica de la variable ficticia, el análisis de serie temporal incluyó diferentes variables exógenas relacionadas con los costes (como costes laborales o de energía) y estructurales (p. ej., HHI). El experto consideró también que el “período de guerra de precios” que, según los recurrentes, se había producido tras la detección y desintegración del cártel, no era una referencia idónea para estimar el sobreprecio.

El Tribunal aceptó en gran medida las estimaciones del experto y, conforme al principio *in dubio pro reo*, adoptó una “reducción preliminar” adicional del 25% de los beneficios adicionales estimados del cártel. El Tribunal, a diferencia del Bundeskartellamt, tuvo en cuenta los efectos cuantitativos a la hora de estimar los beneficios adicionales.

Así pues, las conclusiones del Tribunal se apartaron de las del Bundeskartellamt en lo que respecta al sobreprecio del cártel y sus efectos, lo que dio lugar a una reducción significativa de la multa. En el ulterior recurso interpuesto ante el Tribunal Federal de Justicia, todos los motivos fueron desestimados.

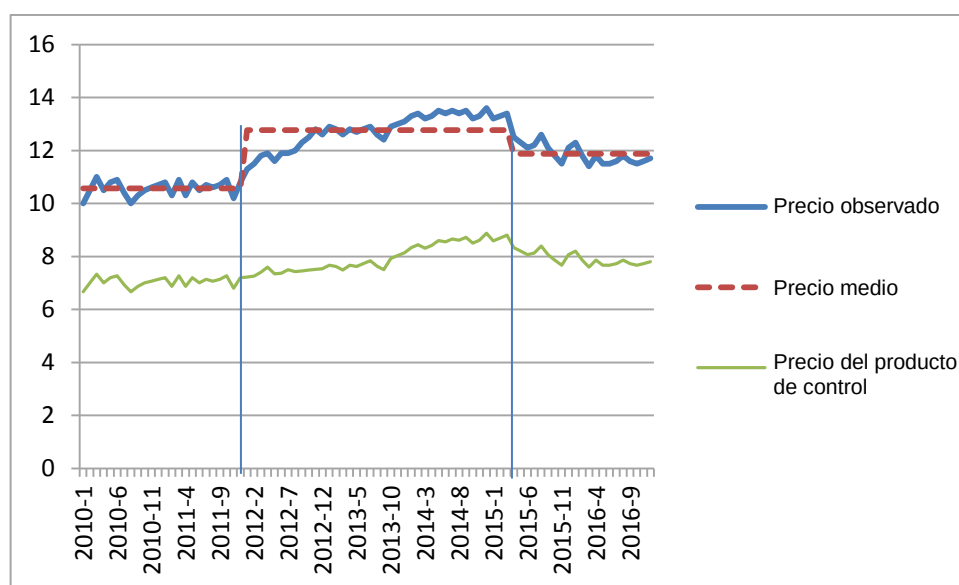
Adviértase que este caso fue examinado con arreglo a un régimen sancionador que ya no existe y no es el descrito en el recuadro 7. El régimen sancionador fue modificado en parte porque el régimen anterior dificultaba la actuación contra los cárteles por el cálculo preceptivo de los sobreprecios.

49. Los aspectos operativos relativos a la aplicación de un método que aplica medias simples para diferenciar episodios con y sin cártel suscitan muchas cuestiones, pero utilizar las medias simples puede ser oportuno en algunos supuestos, especialmente si no hay disponibles datos adicionales. Con frecuencia se producen variaciones significativas de los precios a lo largo del tiempo que pueden confundirse con los efectos del cártel, bien infravalorando tales efectos o bien, en caso de inflación, sobrevalorándolos. La existencia de tales variaciones indica que puede proceder realizar un análisis con un método de carácter más experimental.

4.3. Mercados de comparación

50. Una técnica para tener en cuenta los efectos del cártel que permite apreciar las variaciones consiste en encontrar mercados geográficos o productos físicos de comparación que estén sometidos a condiciones similares de oferta y demanda a las del mercado del cártel. Las diferencias entre ambos durante el período del cártel podrían atribuirse entonces al cártel, mientras que las semejanzas procederían de factores causales comunes subyacentes ajenos al cártel. Por ejemplo, un cártel de tubos de acero de un diámetro de 5-10 cm puede experimentar un incremento de precios, aunque sin afectar a los precios de tubos de acero de diámetro inferior fabricados por otras empresas y no sujetos al cártel. Entonces puede ser útil comparar la evolución de los precios de los dos tipos de productos a lo largo del tiempo. Este tipo de comparación se ilustra en el gráfico 4. Dicho gráfico muestra el precio de un producto de “control” frente al precio observado del producto del cártel, así como las medias del producto del cártel. El producto de control puede ser el mismo producto de una zona geográfica comparable pero diferente de la afectada por el cártel, o puede ser un producto con una estructura de costes semejante a la del producto objeto del cártel y en la misma zona geográfica.

Gráfico 4. Comparaciones con productos de control hipotéticos



51. En este método, podemos construir un modelo en el que los precios del producto objeto del cártel guarden una relación de causalidad con los precios del producto de control. En este caso, se consideraría que, en el período inicial de funcionamiento, el cártel incrementó los precios por encima del producto de control, y posteriormente mantuvo una variación similar a la del producto de control. En este ejemplo, procede destacar que el producto de control experimentó también subidas de precio sustancialmente mayores durante el período del cartel que antes del cartel (y después del cartel), lo que pone de manifiesto que una parte de la subida del precio del supuesto cartel, que podría haberse estimado mediante una comparación simple entre el período anterior y posterior, puede deberse a movimientos de los costes o de la demanda independientes del cartel. El método comparativo ayudaría, pues, a asegurar que los factores externos que afectan a los precios, ajenos al cartel y durante el período del cartel, son tomados en consideración en el cálculo de las diferencias de precio.

52. El método comparativo es valioso y fácil de comprender. Puede adolecer de limitaciones, en particular si las variables de un mercado comparativo han cambiado por motivos que no se dan en los otros mercados. En tal supuesto, un simple método comparativo puede pasar por alto variables, lo que indica que

debe encontrarse un medio para incluir todas las variables pertinentes conocidas en el análisis. El análisis de regresión puede lograr ese objetivo.

4.4 *Modelo de regresión*

4.4.1 *Cuestiones generales*

53. Un sistema para poner en práctica con mayor rigor el método comparativo es estimar, mediante un modelo de regresión, la relación entre el mercado objeto del cártel y las variables subyacentes determinantes de los precios. Dos métodos destacables son el análisis de los factores causales subyacentes a lo largo del ciclo de vida del producto, utilizando una variable ficticia durante el período del cártel, y el modelo predictivo basado en observaciones del período en el que no existió el cártel.

54. En el primero, se construye un modelo en el que el precio del producto del cártel se ve movido por constantes cambios de las variables de costes en cada período y cambios de las variables de la demanda en cada período, así como en los períodos en los que el cártel existía y en los que no existía. La variable ficticia tomará un valor de 1 durante el período del cártel y de 0 en los demás casos. El coeficiente estimado sobre la variable ficticia puede entonces ser eliminado, al ejecutar el modelo sobre los factores que hacen variar la demanda y los costes durante todo el período con el fin de calcular los precios estimados en ausencia del cártel. A continuación, la diferencia entre los precios efectivos y esperados del modelo proporciona la diferencia, período por período, entre el precio del cártel y el precio hipotético de contraste.

55. Según el método del modelo predictivo, se utilizan de nuevo las variables determinantes del precio a fin de estimar un modelo de precios, pero en esta ocasión se dejan fuera las observaciones correspondientes al período del cártel. El modelo estimado se aplica a continuación a los datos sobre las variables determinantes del precio en el período del cártel a fin de estimar un precio esperado. La diferencia entre el precio efectivo y el estimado, que se conoce para cada período concreto, constituye el incremento de precio por el cártel.⁵⁰ Este método predictivo excluye cierta información de las estimaciones del modelo, por lo que puede considerarse ineficiente desde un punto de vista estadístico, con el potencial de producir estimaciones menos precisas. Sin embargo, si el modelo para los efectos del cártel es más complejo que una simple variable ficticia, los resultados de las predicciones pueden ofrecer una aproximación más cercana a un auténtico modelo que las de la variable ficticia, incluso si se ignora la información del período del cártel para estimar el modelo.

56. Un último método consiste en utilizar un análisis de diferencias en diferencias. Así se pueden obtener predicciones relativamente simples y elegantes, comparables a los experimentos naturales en los que se cambia una variable. En este método se analiza la diferencia entre el precio en el mercado del cártel durante el período del cártel y el precio en los mercados comparativos durante el período del cártel. Si las variables de costes o demanda son comparables entre mercados, y la única diferencia estriba en la presencia del cártel, este método puede ofrecer una estimación interesante de los efectos del cártel, quizás más útil que una simple serie temporal o las estimaciones transversales del impacto.⁵¹ La Guía práctica de la Comisión Europea de cuantificación de los daños, dirigida a los tribunales y las partes en las demandas por perjuicios, puede ser un documento útil para examinar estos métodos, así como otros ulteriores.⁵²

4.4.2 *Márgenes*

57. Un método diferente se basa en el análisis de los márgenes. El motivo para centrarse en los márgenes radica en que los miembros del cártel se centran en gran medida en aumentar sus márgenes durante el funcionamiento del cártel. En dicho método se calcula un margen competitivo, utilizando ciertos medios, y a continuación se cuantifica la diferencia entre ese margen y el margen del cártel. Puede calcularse la diferencia entre el margen del cártel y el margen normal de modo que se tenga en cuenta el rendimiento del

capital en el período no sometido al cártel. En un análisis correcto de los márgenes, los factores fundamentales son que los costes sean adecuados, desde el punto de vista económico, y que se encuentre una base satisfactoria para determinar el margen competitivo. Este método ha sido expuesto con más detalle por la Comisión Europea (2013).

4.4.3 Modelo de simulación

58. Un último método para cuantificar el daño es calcular realmente las funciones de costes y demanda subyacentes con vistas a construir estimaciones de un equilibrio competitivo y en qué consistiría durante el período del cártel. El equilibrio competitivo puede calcularse utilizando datos del período no sujeto al cártel, por ejemplo. La diferencia entre el equilibrio competitivo simulado y el resultado observado durante el período del cártel proporciona las diferencias entre los precios y resultados del cártel y los correspondientes a un entorno competitivo. Una ventaja concreta de una simulación es que la información que ofrece sobre la forma de la función de la demanda puede incorporarse a una estimación motivada del área triangular B, correspondiente a las pérdidas irrecuperables, del gráfico 2. Por otra parte, los datos requeridos para un modelo de simulación pueden ser considerablemente mayores que para los métodos antes expuestos, y la complejidad de este modelo puede ser también mucho mayor. Puede encontrarse más información sobre este método, por ejemplo, en Davis y Garcés (2010).

Recuadro 9. México: Cálculo de los daños del cártel como incremento del precio

La Autoridad Mexicana de la Competencia (COFECE) brinda un ejemplo inusual de realización rutinaria de análisis cuantitativos detallados de los daños causados por los cárteles, expresamente con vistas a determinar la cuantía de la multa (y no sólo para determinar la existencia o inexistencia de una infracción). Estos análisis son profundos, exhaustivos y basados en datos empíricos.

En el importante caso *Mitsubishi Heavy Industry*,⁵³ COFECE llevó a cabo un análisis cuantitativo en toda regla de los efectos de los pactos colusorios en el mercado. Las partes alegaron que los efectos de los acuerdos fueron mínimos o nulos (respaldadas por pruebas). COFECE trabajó sobre la base de todas las pruebas disponibles a fin de formular una estimación del daño causado, en virtud de la cual fijaría la multa. El daño ocasionado se calculó (utilizando como aproximación el sobreprecio del cártel) en más de 18 millones de pesos. COFECE especificó que la cuantificación de los daños sólo se utilizó a efectos de fijar el importe de la multa, y no para determinar la existencia de una infracción.

Del mismo modo, en el caso *Arquitectura Armónica*,⁵⁴ COFECE estimó cuantitativamente el incremento de precio propiciado por los acuerdos colusorios de fijación de precios. Esta estimación cuantitativa sirvió de base para el cálculo de las sanciones. COFECE especificó que la cuantificación de los daños sólo se utilizó a efectos de fijar la cuantía de la multa, y no para determinar la existencia de una infracción. En las resoluciones dictadas por COFECE en otros asuntos figuran consideraciones análogas, como por ejemplo ACC,⁵⁵ o Transportes.⁵⁶

4.5. Relación entre los daños y los beneficios empresariales

59. Los daños ocasionados por un cártel y los beneficios que obtiene una empresa están, en principio, relacionados. Los aumentos de precio por encima del nivel competitivo producen daños a los consumidores e incrementos de los beneficios. El importe de los daños que no revierte a beneficios empresariales corresponde a las pérdidas irrecuperables, esto es, B. Cuanto menor sea B en relación con A, más se aproximará el beneficio obtenido por los cárteles a los daños causados por éstos a los consumidores. En particular, cabe indicar que, cuando la demanda sea muy inelástica, el ratio de B frente a A será muy pequeño, mientras que si la demanda es muy elástica, el ratio será mayor. Esta cuestión es importante ya que las multas persiguen producir un efecto disuasorio cuando los potenciales participantes en un cártel calculan los posibles beneficios del cártel. En particular, para productos con una elevada elasticidad, la multa necesaria será menor para disuadir la constitución de un cártel en comparación con otro cártel con las mismas pérdidas totales para los consumidores pero que tenga por objeto un producto inelástico.

Recuadro 10. Suecia: Disparidad de opiniones sobre el cálculo del daño

Aunque la Autoridad Sueca de la Competencia (ASC) no está obligada a cuantificar los daños del cártel a efectos de calcular las multas, en algunos casos destacados las partes han aportado pruebas económicas para demostrar los efectos de las infracciones en el mercado.

La ASC se ha pronunciado con prudencia acerca de la relevancia que el cálculo de los daños del cártel presenta para la aplicación del Derecho de la competencia. Sin embargo, a la luz de su propia experiencia, la Autoridad ha encontrado indicios de que, en general, los argumentos cuantitativos sobre los daños de los cárteles no han resultado útiles a las partes para sustentar sus alegaciones (OCDE, 2011).

En el caso del cártel de la gasolina,⁵⁷ la ASC solicitó al Tribunal de la Ciudad de Estocolmo la imposición de sanciones administrativas a los cinco miembros del cártel. Dicho Tribunal impuso unas multas de 52 millones SEK en diciembre de 2002. Con objeto de ilustrar el volumen de las transferencias monetarias desde los clientes a las compañías petroleras, la ASC calculó que, partiendo de que el precio en gasolinera anunciado volviera a la normalidad un mes después del ajuste de los descuentos, los clientes perderían 500 millones SEK durante los cinco años siguientes. El precio en gasolinera anunciado fue reducido en 0,15 SEK simultáneamente a la realización del ajuste de los descuentos. La ASC afirmó que el precio regresó a la normalidad tras el ajuste de los descuentos y contrató a dos expertos económicos independientes para que emitieran dictámenes acerca de los precios en el mercado de la gasolina de Suecia. Shell contrató a un experto económico independiente para realizar un análisis similar, Hydro hizo lo mismo y Statoil, OKQ8, Preem e Hydro contrataron conjuntamente a dos expertos económicos independientes para hacer una crítica de la labor de los expertos económicos independientes de la ASC. Los expertos podían consultar fácilmente e intercambiar datos diarios sobre costes y precios. Se concluyó que casi toda la variación del precio era atribuible al precio de contado, al tipo de cambio y al tipo impositivo. El valor explicativo de las regresiones era bastante superior al 99%. Tras varias rondas de informes, los análisis de los expertos casi eran convergentes, uno de ellos indicó un rendimiento total de 0,15 SEK y otros dos rechazaron esa cifra y llegaron a un rendimiento de 0,12-0,13 SEK. En el marco del recurso, el Tribunal del Mercado impuesto unas multas de 112 millones en febrero de 2005. En opinión de la ASC, las partes no ganaron mucho con la utilización de los estudios económicos (OCDE, 2011).

En 2007, el Tribunal de la Ciudad de Estocolmo condenó a nueve compañías de asfalto a pagar más de 500 millones SEK en sanciones administrativas en el marco del caso del cártel del asfalto. El ulterior recurso interpuesto ante el Tribunal del Mercado fue desestimado, pese a que estaba fuertemente basado en datos cuantitativos de los efectos del cártel.⁵⁸ Una de las partes (NCC) había contratado a un experto económico independiente para realizar análisis estadísticos de las licitaciones presentadas en concursos públicos convocados por la Administración de Carreteras de Suecia. El experto no halló diferencias estadísticamente significativas en las licitaciones ganadoras en concursos públicos –supuestamente objeto de un cártel– en comparación con las licitaciones ganadoras del grupo de control (del que no tenemos noticia de comportamientos de cártel). NCC contrató asimismo a una firma de consultoría para analizar los efectos económicos del presunto cártel en los municipios que habían demandado por daños a NCC. Este último informe pretendía aportarse tanto en el procedimiento judicial contra la ASC como en el procedimiento por daños. La firma de consultoría, tras examinar los precios internacionales y realizar comparaciones de rentabilidades, concluyó que el nivel de precios y rentabilidades en Suecia era bajo, lo que consideraron un indicio de que el presunto cártel carecía de efectos económicos. A continuación, la firma de consultoría utilizó tres métodos a fin de analizar los efectos económicos del supuesto cártel. En primer lugar, compararon el precio durante el cártel con el precio tras la detección del mismo. En segundo lugar, compararon los precios en las localidades en las que el cártel supuestamente operaba con el precio en localidades en las que no constaba su presencia. En tercer lugar, calcularon el margen comercial durante el cártel y después de su extinción. No apreciaron efectos estadísticamente significativos del supuesto cártel.

Así, la cuantificación de los daños del cártel mediante análisis econométricos dio lugar a un profuso litigio acerca de los enfoques metodológicos empleados. Pero no fue de gran utilidad para las partes, cuyas multas se vieron incrementadas en realidad en 50 millones SEK hasta un total de 200 millones SEK.

El caso del cártel de los concesionarios de automóviles Volvo ⁵⁹ brinda otro ejemplo en el que una parte del procedimiento contrata a un experto económico para demostrar que el cártel no tuvo efectos significativos en los precios. Aunque esta estrategia no resultó eficaz en primera instancia, en el marco del recurso la ASC llamó a su propio experto económico para cuestionar la validez del mencionado informe. Alegó asimismo que el cártel constituía una infracción por el objeto y no era preciso probar los efectos. En el recurso, el Tribunal del Mercado estimó las alegaciones de la ASC.

5. Conclusión

60. En conclusión, tras examinar las variaciones existentes en los daños causados a los consumidores por los cárteles y las consiguientes variaciones de los beneficios empresariales, cabe que esté justificado analizar si son apropiadas en todos los casos unas normas simples que calculan las multas sobre la base de un porcentaje del volumen de negocio, en particular dado que algunas conductas infractoras producen unos efectos muy pequeños o insignificantes, mientras que otras tienen unos efectos extremadamente grandes.

61. En algunos casos, es posible que no exista información para calcular la cuantía exacta de los daños. Dicho esto, en caso de multas cuantiosas, es especialmente importante que los responsables de formular políticas y adoptar decisiones en materia de cárteles se cercioren de que el sistema sancionador de los cárteles no sólo es equitativo y proporcionado en general, sino también en el caso concreto. Ello no exige necesariamente que las autoridades de la competencia publiquen las estimaciones del daño, si bien puede ser conveniente realizar al menos una revisión interna para hacer posible un uso adecuado de las facultades sancionadoras discrecionales. Especialmente por el incremento de la frecuencia de los pagos de daños privados, los responsables de tomar decisiones y las empresas están cada vez más familiarizados con las posibles técnicas para estimar el daño.

62. Quedan abiertas muchas cuestiones; en algún momento, los sistemas jurídicos concretos deben valorar cuidadosamente si y de qué modo su método global para sancionar las infracciones en materia de cárteles cumple un complejo conjunto de objetivos, entre los cuales cabe citar la justicia, la disuasión, la penalización y la restitución de los beneficios. Los instrumentos de las políticas (como las multas) de forma aislada no pueden conseguir todos los objetivos de forma simultánea, sino que es preciso tomar en consideración la interacción entre los distintos instrumentos (como multas, daños, sanciones penales individuales y otros posibles instrumentos). Por último, las jurisdicciones deben evaluar la función de sus normas sancionadoras y la utilidad de calcular los daños o beneficios ilícitos en ciertos casos, en particular a la vista de las dificultades demostradas (p. ej., recuadro 10) para llevar a cabo dichos cálculos.

NOTAS

-
- 1 Véase OCDE (2013) y OCDE (2016).
 - 2 Véase el artículo 79 (3.3) de la Ley de Competencia de Canadá.
 - 3 Véase, por ejemplo, Connor y Lande (2008).
 - 4 Camilli (2006).
 - 5 Como señaló Schwarze (2004), el mayor importe de las multas antimonopolio es un argumento a favor de su aproximación a las sanciones penales, por lo que podría requerirse la aplicación a tales multas de las garantías procesales más estrictas propias del Derecho penal.
 - 6 Véase, por ejemplo, Lianos y otros (2014).
 - 7 La disuasión es la finalidad principal de las multas en muchas jurisdicciones, puesto que se considera un medio más eficiente que la detección para luchar contra los cárteles. Davies y Ormosi (2014) indican que la disuasión es, al menos, dos veces más eficiente que la detección como forma de eliminar el daño.
 - 8 Sentencia del Tribunal Supremo Francés (Cour de Cassation) n° 430 de 7 de abril de 2010 en los asuntos acumulados 0912.984, 0913.163 y 0965.940.
 - 9 Resolución de la Autoridad Francesa de la Competencia n.º 10-D-15 de 11 de mayo de 2010. Resolución de la Autoridad Francesa de la Competencia n.º 10-D-28 de 20 de septiembre de 2010.
 - 10 Autoridad de la Competencia (2010), “Report on Assessing Penalties for Infringements of Competition Law”, www.economie.gouv.fr/files/finances/services/rap10/100920rep-competition.pdf.
 - 11 Según el estudio de la bibliografía realizado por Connor y Lande (2005), la probabilidad es de un 20-24%. Davies y Ormosi (2014) sugieren que los daños detectados por las autoridades de la competencia representan sólo una pequeña fracción (a lo sumo una sexta parte) de los daños potenciales totales, y que los daños no detectados son al menos el doble que los detectados.
 - 12 Sobre este punto, véase, por ejemplo, Combe y Sevy (2010), entre otros muchos.
 - 13 Como señala Camilli (2006), la disuasión puede estar reñida con la proporcionalidad. Además, otros factores potenciales, como los errores judiciales, pueden agravar este problema.
 - 14 Sentencia del Tribunal Supremo de Chile n.º 27181/2014 de 29 de octubre de 2015.
 - 15 Sentencia del Tribunal Supremo de Chile n.º 5609/2015 de 7 de enero de 2016.
 - 16 Sentencia del Tribunal Supremo de Chile n.º 32149/2014 de 29 de diciembre de 2015.
 - 17 Sentencia del Tribunal Supremo de Chile n.º 21536/2014 de 20 de enero de 2015.
 - 18 El dilema entre exactitud y pragmatismo en el cálculo de las multas por cártel ha sido examinado en OCDE (2011) y por Friederiszick (2011), en relación con el cártel cementero alemán que se menciona en el recuadro 8.
 - 19 Oxera y Komninos (2009) sobre Connor y Lande (2008).
 - 20 Resolución de la Comisión Federal de Competencia Económica de México, de 2 de junio de 2016, en el caso IO-006-2013 Zucarmex, S.A. de C.V. et al.
 - 21 Sesión ordinaria de la CPC n° CPC-32-00 de 12 de septiembre de 2000.
 - 22 Sentencia del Tribunal Federal de Australia de 14 de diciembre de 2016 en el caso ACCC/Australia and New Zealand Banking Group Limited [2016] FCA 1516.
 - 23 Adviértase que para disuadir la creación de cárteles, los beneficios ilícitos esperados pueden resultar más pertinentes que los beneficios ilícitos reales frente a quienes decidan la formación del cártel, con lo que la

disuasión se conseguirá garantizando que las sanciones de todo tipo esperadas superen los beneficios ilícitos esperados.

En otras palabras, la infracción por el objeto puede no ser suficiente para justificar un nivel estandarizado de la multa, mientras que la infracción por los efectos, al estar los efectos estrechamente vinculados a los niveles de la multa efectiva y no de manera estandarizada, puede considerarse un criterio legal más adecuado. No obstante, el presente documento no persigue entrar a analizar cuándo y con qué fines la infracción por el objeto constituye un criterio legal adecuado en los casos de Derecho de la competencia.

Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España de 12 de enero de 2012 en el caso n.º S/0179/09, *Hormigón y Productos Relacionados*.

Sentencia del Tribunal Supremo de España de 9 de diciembre de 2015 en el caso n.º 978/2014.

Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España de 3 de noviembre de 2016 en el caso n.º VS/0179/09, *Hormigón y Productos Relacionados, empresa Canteras de Echaury Tiebas, S.A./Grupo Cetya*.

Sentencia del Tribunal Federal de Canadá en el caso 2012 FC 1117 de 24 de septiembre de 2012.

Ibíd., apartado 102.

Ibíd., apartados 110 y 112.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2009, en el asunto C-534/07 P.

Sentencia del Tribunal Federal de Australia, de 28 de julio de 2010, en el caso ACCC/Telstra Corporation Limited [2010] FCA 790.

Levenstein y Suslow (2006), por ejemplo, indican que “los cárteles pueden sobrevivir y sobreviven como organizaciones *de facto* sin producir efectos significativos en el precio”.

Procede señalar que, por lo general, tales mercados ofrecen menores incentivos para las actividades de cartel.

OCDE (2011).

Sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania n.º KRB 20/12, de 26 de febrero de 2013.

Sentencia del Tribunal Regional Superior de Düsseldorf n.º V-4 Kart 5+6/11 (OWi), de 22 de agosto de 2012.

Resolución de la Autoridad Alemana de la Competencia n.º B7-42/06 de 25 de abril de 2007.

Resolución de la Autoridad Alemana de la Competencia n.º B7-22/07, de 27 de diciembre de 2012.

Véase la nota 18 *supra*.

Sentencia del Tribunal Federal de Australia, de 7 de diciembre de 2012, en el caso ACCC/Singapore Airlines Cargo Pte Ltd [2012] FCA 1395.

Sentencia del Tribunal Superior de Nueva Zelanda en el caso Commerce Commission/Koppers HC AK CIV 2005-404-2080, de 6 de abril de 2006; sentencia del Tribunal Superior de Nueva Zelanda en el caso Commerce Commission/Koppers HC AK CIV 2005-404-2080, de 4 de octubre de 2006; y sentencia del Tribunal Superior de Nueva Zelanda en el caso Commerce Commission/Koppers Arch Wood Protection (NZ) Ltd (finalizado por transacción) HC AK CIV 2005-404-2080, de 8 de febrero de 2008.

Decisión de la Comisión Europea C(2005) 4634, de 30 de noviembre de 2005, en el asunto COMP/38354 – Industrial Bags, apartado 88.

Sentencia del Tribunal General, de 16 de noviembre de 2011, en el asunto T-79/06.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de noviembre de 2013, en el asunto C-40/12 P.

-
- 46 Sentencia del Tribunal Federal de Australia, de 29 de abril de 2016, en el caso ACCC/Cement Australia Pty Ltd [2016] FCA 453.
- 47 En el estudio de Davis y Garcés (2010), puede encontrarse una descripción general exhaustiva de la economía de las prácticas colusorias.
- 48 En el caso de que la demanda sea una función curva, como sucede en los supuestos en los que la elasticidad de la demanda es constante, el área no es un triángulo pero puede obtenerse una primera aproximación mediante un triángulo o, disponiendo de más información sobre la forma de la demanda, mediante la integral bajo la curva de la demanda.
- 49 Sentencia del Tribunal Regional Superior de Düsseldorf nº VI-2a Kart 2 6/08 OWi, de 26 de junio de 2009.
- 50 Friederiszick, H.W. y L.H. ofrecen una útil exposición académica de estas técnicas. Roller (2010), Huschelrath, Muller y Vieth (2012) y Frank y Schliffke (2013).
- 51 Por ejemplo, si un cártel no adopta de inmediato un precio de cártel sino que procede a aumentos graduales, la utilización de variables ficticias dará lugar a una infraestimación del precio de equilibrio del cártel.
- 52 Comisión Europea (2013).
- 53 Resolución de la Comisión Federal de Competencia Económica de México, de 5 de julio de 2016, en el caso IO-001-2013 Mitsubishi Heavy Industries Ltd. et al., pp. 386-390 y 406-416.
- 54 Resolución de la Comisión Federal de Competencia Económica de México de 22 de mayo de 2014 en el caso DE-019-2007 Arquitectura Armónica S.A. de C.V. et al., pp. 219-224.
- 55 Resolución de la Comisión Federal de Competencia Económica de México, de 25 de febrero de 2014, en el caso IO-002-2009 ACC – Appliances Components Companies – S.p.A. et al., pp. 573-577.
- 56 Resolución de la Comisión Federal de Competencia Económica de México, de 25 de junio de 2015, en el caso IO-004-2012, pp. 284-286.
- 57 Sentencia del Tribunal del Mercado de Suecia 2005:7, de 22 de febrero de 2005.
- 58 Sentencia del Tribunal del Mercado de Suecia 2009:11, de 28 de mayo de 2009.
- 59 Sentencia del Tribunal del Mercado de Suecia 2008:12, de 10 de septiembre de 2008.

BIBLIOGRAFÍA

- Autorité de la Concurrence (2010), “Report on Assessing Penalties for Infringements of Competition Law”, www.economie.gouv.fr/files/finances/services/rap10/100920rep-competition.pdf.
- Camilli, E. L. (2006), “Optimal Fines in Cartel Cases and the Actual EC Fining Policy”, *World Competition* 29(4): pp. 575-605, 2006.
- Combe, E., Théophile, D., and Sevy, D. (2010), “Le Dommage à l’économie et sanction pécuniaire”, *Concurrences*, N°4-2010, Institut du Droit de la Concurrence, Orville.
- Connor, J. M. (2016), “Sanctions in Antitrust Cases”, DAF/COMP/GF(2016)9.
- Connor, J. M., and Lande, R.H. (2005), “How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines”, 80 *Tulane Law Review* 513.
- Connor, J. M. and Lande, R. H. (2008), “Optimal Cartel Fines. in Issues in Competition Law and Policy” Volume III, Wayne Dale Collins (editor), Chicago.
- Connor, J. M., and Lande, R. H. (2012), “Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays”, 34 *Cardozo Law Review* 427.
- Dargaud, E., Mantovani, A., and Reggiani, C. (2016), “Cartel Punishment and the Distortive Effects of Fines”, *Journal of Competition Law and Economics* 12(2): pp. 375-399.
- Davies, S., and Ormosi, P. L. (2014), “The Economic Impact of Cartels and Anti-Cartel Enforcement”, *CCP Working Papers*, n° 13-7 v2, Center for Competition Policy, Norwich, [http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8199490/CCP+Working+Paper+13-7+v2+\(2014\).pdf/75e1ba67-d52f-4bf5-ac39-11c687a8ed83](http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8199490/CCP+Working+Paper+13-7+v2+(2014).pdf/75e1ba67-d52f-4bf5-ac39-11c687a8ed83).
- Davis, P. (2012), “‘Facts’ and the Estimation of Damages in Competition Cases”, *European Competition Law Review*, Vol. 33, Issue 8, p. 339.
- Davis, P., and Garcés, E. (2010), “Damage Estimation”, in *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press, Princeton.
- European Commission (2013) “Practical Guide: Quantifying Harm in Actions for Damages based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union,” (SWD(2013)205).
- ECA (2008), “Pecuniary sanctions imposed on undertakings for infringements of antitrust law Principles for convergence”, www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/eca_principles_uk.pdf.
- Friederiszick, H. (2011), “The German Cement Cartel case and the trade-off between accuracy and practicality”, *Concurrences*, N°1-2011, Institut du Droit de la Concurrence, Orville.

- Garrigues (2015), “Nota sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, Asunto BCN Aduanas y Transportes S.A.”, *Garrigues Comentario Competencia*, 1-2015, www.garrigues.com/sites/default/files/docs/Comentario-Competencia-1-2015.pdf
- Hüschelrath, K. et al. (2013), “Concrete shoes for Competition: The Effect of the German Cement Cartel on Market Price”, *Journal of Competition Law and Economics*, 9(1), Oxford University Press, Oxford, p. 97.
- Hüschelrath, K. et al. (2013), “Estimating damages from price-fixing: the value of transaction data”, *European Journal of Law and Economics* 41, Springer Science and Business Media, New York, p. 509.
- Friederiszick, H.W. and L.H. Roller (2010), Hüschelrath, Muller and Vieth (2012) and Frank and Schliffke (2013).
- Ivaldi, M., Jenny, F., and Khimich, A. (2016), “Cartel Damages to the Economy: An Assessment for Developing Countries”, in *Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries*, Frédéric Jenny and Yannis Katsoulacos (eds.), Springer, New York, p. 103.
- Ivaldi, M., Khimich, A., and Jenny, F. (2014), “Measuring the Economic Effects of Cartels in Developing Countries”, UNCTAD, Geneva, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditclpmisc2014d2_en.pdf.
- Klotz, T. J. (2008), “Monopoly Power: Use, Proof and Relationship to Anticompetitive Effects in Section 2 Cases”, *FTC Working Paper*, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_events/section-2-sherman-act-hearings-single-firm-conduct-related-competition/section2monopolypower.pdf.
- Levenstein, M. C., and Suslow, V. Y. (2006), “What Determines Cartel Success?”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 44, No. 1, pp. 43-95.
- Lianos, I. et al (2014), “An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: A Comparative Analysis”, *CLES Research Paper Series*, 3/2014, UCL Faculty of Laws, London.
- OECD (1998), “Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels”, C(98)35/FINAL.
- OECD (2005), “Implementation of the Council Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels: Third Report by the Competition Committee”, C(2005)159.
- OECD (2008) “Facilitating Practices in Oligopolies”, DAF/COMP(2008)24.
- OECD (2010) “Information Exchanges Between Competitors under Competition Law”, DAF/COMP(2010)37.
- OECD (2011), “Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies”, DAF/COMP(2011)25.
- OECD (2012) “Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects (e.g. Through Press Announcements)”, DAF/COMP/WP3(2012).
- OECD (2013), “Criteria for Setting Fines for Competition Law Infringements”, DAF/COMP/LACF(2013)4

DAF/COMP/LACF(2017)4

OECD (2016), “Sanctions in Antitrust Cases”, DAF/COMP/GF(2016)6.

Oxera (2015), “The ‘Damage to the Economy’ Test Under French Competition Law: Opportunity or Burden?”, www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2015/The-%E2%80%98damage-to-the-economy%E2%80%99-under-French-competiti.aspx.

Schwarze, J. (2004), “Judicial Review of European Administrative Procedure”, 68 *Law and Contemporary Problems*, p. 103.

Trier Damgaard, M. et al. (2011), “The Economics of Cartels : Incentives, Sanctions, Stability, and Effects”, *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 2, No. 4, Oxford University Press, Oxford, p. 405.