

Unclassified**Spanish - Or. English**

27 September 2019

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE****Cancels & replaces the same document of 18 September 2019****LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version) FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA
Sesión I: Metodologías para el cálculo de multas por infracciones a la normativa de competencia****- Documento de base elaborado por el Secretariado de la OCDE -****24-25 de septiembre 2019, San Pedro Sula, Honduras**

Se hace circular el documento adjunto elaborado por el Secretariado de la OCDE como aportación para el debate en la Sesión I Metodologías para el cálculo de multas por infracciones a la normativa de competencia del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 24 y 25 de septiembre en Honduras.

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

Más documentación sobre este debate están disponible en: oe.cd/laccf.

Por favor, póngase en contacto con la Sra. Lynn Robertson, Directora GFC, LACCF ; Experto en Competencia - Lynn.Robertson@oecd.org si tiene alguna pregunta sobre este documento.

JT03451741

Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia

Sesión I: Metodologías para el Cálculo de Multas por Infracciones a la Normativa de Competencia

– Documento de base de la Secretaría –*

Las multas por infracciones a la normativa de competencia son una de las herramientas más importantes de que disponen las autoridades de competencia en su empeño por promover de manera eficaz el cumplimiento de la normativa en esta materia. En todo el mundo se da la tendencia, en las últimas décadas, de que las autoridades correspondientes impongan multas de cada vez mayor cuantía a quienes infringen la normativa de competencia. Son varias las fases que, según se observa, resultan comunes a la hora de establecer las multas: (i) cálculo de la multa base; (ii) ajuste de la multa base teniendo en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes; (iii) ajustes adicionales en aplicación de los límites legales y teniendo en cuenta la capacidad económica del infractor; y (iv) en su caso, posibles programas de medidas de gracia. La mayoría de las autoridades de competencia toman, como base para el cálculo de la multa, la facturación específica, mientras que otras autoridades recurren a la facturación global a la hora de establecer la multa base. Para el cálculo final de la cuantía de estas multas, la mayoría de autoridades de competencia toman en consideración las circunstancias agravantes o atenuantes, incluidas: la reincidencia; el papel desempeñado por la empresa en la infracción castigada; la colaboración con las autoridades investigadoras; y la existencia de un programa de cumplimiento. Para garantizar que se aplica el principio de proporcionalidad, algunas jurisdicciones establecen un tope máximo de multa y tienen en cuenta la capacidad económica de la empresa sancionada. En los casos de cártel, se puede considerar la aplicación de medidas de gracia, en su caso. A pesar de estas diferencias, se acepta comúnmente que es beneficiosa en cualquier jurisdicción la aprobación y publicación de directrices que detallen la metodología de cálculo de estas multas.

* Este documento ha sido elaborado por Lynn Robertson y Harry Hong, de la División de Competencia de la OCDE.

Índice

Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia Sesión I: Metodologías para el Cálculo de Multas por Infracciones a la Normativa de Competencia – Documento de base de la Secretaría –	2
1. Introducción.....	5
2. Objetivos de las multas	7
3. Metodologías de cálculo de las multas	9
3.1. Fase I – Cálculo de la multa base.....	9
3.1.1. Cuantificación inicial	9
3.1.2. Cálculo de la multa base: porcentaje de la cuantificación inicial.....	12
3.2. Fase II – Ajuste de la multa teniendo en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes.....	15
3.2.1. Circunstancias agravantes	15
3.2.2. Circunstancias atenuantes.....	17
3.3. Fase III – Ajustes adicionales	19
3.3.1. Límites máximos	19
3.3.2. Capacidad de pago	22
3.3.3. Programas de gracia	24
4. Cuestiones prácticas	25
4.1. Destinatarios de las multas.....	25
4.1.1. Responsabilidad de la sociedad matriz.....	25
4.1.2. Asociaciones empresariales.....	27
4.2. Revisión judicial	27
4.3. Cobro de las multas.....	28
4.4. Acuerdos de admisión de culpabilidad	28
5. Conclusiones.....	31
Notas finales	34
Referencias	41

Tablas

Tabla 1. Porcentaje máximo aplicable a la cuantificación inicial en una selección de jurisdicciones ..	12
Tabla 2. Porcentajes aplicables en Japón	13
Tabla 3. Porcentajes aplicables a una selección de infracciones (Corea).....	14
Tabla 4. Circunstancias agravantes y atenuantes comunes	15
Tabla 5. Límites máximos de las multas en una selección de jurisdicciones	21

Figuras

Figura 1. Cuantía total de las multas impuestas a los cárteles.....	6
---	---

Cuadros

Cuadro 1. Cambios recientes y otras cuestiones relativas a las multas por infracciones a la competencia, en una selección de jurisdicciones.....	7
Cuadro 2. Cálculo de los beneficios ilegales obtenidos con las infracciones (Perú).....	9
Cuadro 3. La facturación específica como cuantificación inicial en países seleccionados de América Latina	10
Cuadro 4. Dificultades para determinar el alcance de la actividad: el caso de Brasil	11
Cuadro 5. Límite máximo de las multas en España	21
Cuadro 6. Aceptación de las solicitudes de incapacidad de pago en la UE.....	23
Cuadro 7. Responsabilidad de la sociedad matriz en una selección de jurisdicciones	26
Cuadro 8. Acuerdos de admisión de culpabilidad en una selección de jurisdicciones	29
Cuadro 9. Recursos frente a las resoluciones en casos de acuerdo de admisión de culpabilidad en la UE.....	31

1. Introducción

1. Los infractores de la normativa de competencia suelen ser sancionados con multas (de los órdenes civil, administrativo o penal) cuando cometen este tipo de actos.¹ Las multas suponen que participar en este tipo de conductas resulte gravoso para esas empresas o personas físicas. Asimismo, pueden tener un efecto disuasorio, convirtiendo en menos provechosas dichas conductas ilícitas. Contravenir la normativa de competencia es rentable si pasa desapercibido o si la multa es de un nivel que resulta inferior al beneficio derivado de esa conducta. Desde el punto de vista de una empresa que pretende, ante todo, maximizar sus beneficios, que las sanciones económicas sean mayores que los beneficios ilegales previstos no va en contra de la ley (OCDE, 2016a).

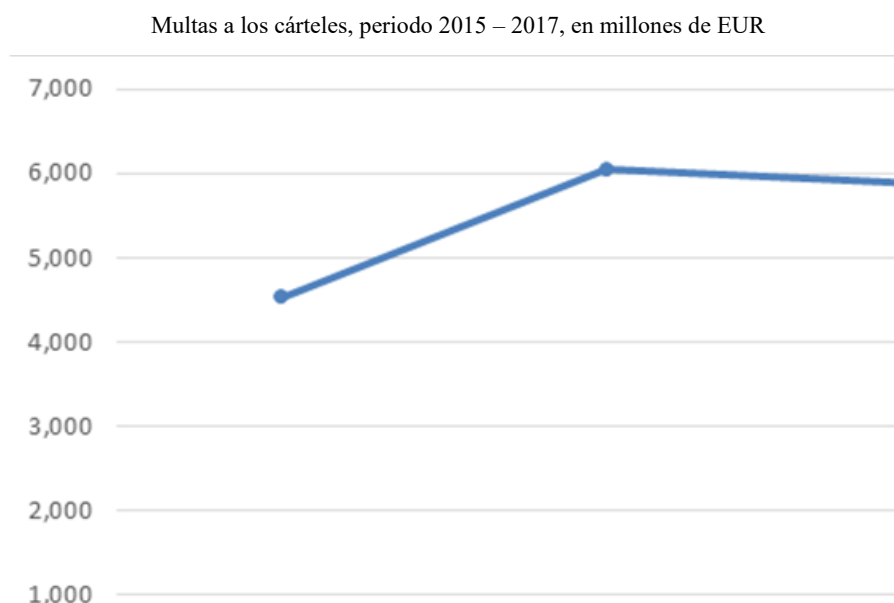
2. Las multas tienen un efecto disuasorio, ya que la posibilidad de que se impongan interviene en el proceso de toma de decisiones de los directivos y de las empresas a la hora de sopesar si cumplir o incumplir la ley. Aunque el compromiso normativo de atenerse a la ley influye en gran medida en la conformidad de la actuación de una empresa con la misma, un directivo ajeno a estos valores morales se centrará exclusivamente en la obtención de beneficios (Jackson et al, 2012); y ese directivo decidirá si participar o no en una actividad ilegal una vez compare los beneficios ilícitos esperados con la cuantía del posible castigo (Wils, 2008). Si la cuantía de una multa sobrepasa claramente los beneficios ilícitos, puede lograrse un efecto disuasorio aun en los casos en que la probabilidad de tener que pagar la multa sea escasa.

3. En los últimos 25 años, la cuantía de las multas a los cárteles² ha aumentado notablemente, lo que evidencia el consenso general de que la fijación de precios, la limitación de la producción y el reparto de mercados son conductas antimonopolísticas graves y merecedoras de un castigo severo (Boyer et al, 2017). Tomando una muestra de 43 países de todo el mundo, la base de datos interna OCDE Compstats indica que el total de multas a los cárteles ascendió a 4500 millones de EUR en 2015, 6000 millones de EUR en 2016 y 5800 millones de EUR en 2017.³ Aunque se observa un leve descenso en 2017, los datos llevan a la conclusión de que la tendencia en la cuantía de las multas es a un alza moderada.

4. En la Unión Europea, el total de multas impuestas mediante sentencia judicial por infracciones consistentes en la constitución de cárteles pasó de 344 millones de EUR en el período 1990-94 a 8300 millones de EUR en el período comprendido entre 2015 y 2019.⁴ Más concretamente, cinco de las diez mayores multas se impusieron en el bienio 2016-2017.⁵

5. En cuanto a las autoridades de competencia de África, Asia y América Latina, han hecho grandes progresos en las sanciones económicas a los cárteles. De acuerdo con un informe reciente, las autoridades de áreas fuera de Europa y Estados Unidos imponen, a estas alturas, la mitad de las multas antimonopolio anunciadas en todo el mundo, situándose en cabeza Brasil, China, India, Corea y algunas pequeñas jurisdicciones (Connor, 2016).

6. Hacer un seguimiento de la tendencia en cuanto a las multas a los cárteles en América Latina resulta más difícil; no obstante, y volviendo de nuevo a la base de datos interna OCDE Compstats, el montante total de las multas experimentó una ligera subida, pasando de 166 millones de EUR en 2015 a 205 millones de EUR en 2017 (Chile, Colombia, México y Perú).⁶

Figura 1. Cuantía total de las multas impuestas a los cárteles

Fuente: Base de datos interna OCDE Compstats

7. A pesar del incremento en el uso y en la cuantía de las multas en materia de defensa de la competencia, la eficacia de este mecanismo sigue planteando dudas. Así, un estudio de 2013 revelaba que el promedio y la mediana del tipo de sobrecoste⁷ de los cárteles europeos eran, respectivamente, del 20% y el 18%, y que el tiempo medio de vida de los cárteles descubiertos era de 8,4 años (Smuda, 2012). Queda fuera del alcance de este documento una evaluación más en profundidad de la eficacia de las multas; no obstante, es importante señalar que, como herramienta de imposición de las normas de competencia, las multas no son infalibles. Si se eleva su cuantía hasta un nivel que logre un efecto disuasorio plenamente eficaz, ello puede poner a muchas empresas en serias dificultades económicas, con el potencial perjuicio que supone para la competencia en el mercado (OCDE, 2013a). En posteriores secciones de este mismo documento abordamos el equilibrio entre la necesidad de mantener la competencia y el efecto disuasorio.

8. El objetivo del presente documento es exponer una visión general, incluidas las últimas novedades, sobre las metodologías empleadas para calcular las multas por infracción de la normativa de competencia; asimismo, presentamos una visión de conjunto de los distintos elementos que se tienen en cuenta a la hora de calcular la cuantía de la multa para que sea adecuada.

Cuadro 1. Cambios recientes y otras cuestiones relativas a las multas por infracciones a la competencia, en una selección de jurisdicciones

- En Argentina, la nueva Ley de Defensa de la Competencia, n° 27.442 (“LDC”) entró en vigor el 24 de mayo de 2018. Entre otras modificaciones, la LDC aumentó las multas a las infracciones e introdujo el primer programa de medidas de gracia del país. Asimismo, creó una nueva autoridad de competencia, más independiente, y un nuevo tribunal especializado de segunda instancia en materia de normativa de competencia. De acuerdo con la Ley de Defensa de la Competencia, las multas por conductas anticompetitivas se calcularán tomando como base la cifra que resulte más alta de entre las siguientes: (i) hasta el 30% de la facturación específica obtenida en el último ejercicio fiscal con el producto infractor, multiplicado por el total de años de infracción.

Esta cantidad no puede sobrepasar el 30% de la facturación consolidada obtenida por el grupo económico del infractor en Argentina en el último ejercicio fiscal; o (ii) el doble del beneficio económico obtenido gracias a la infracción. Si no es posible calcular las multas utilizando los métodos (i) o (ii), se establece que el máximo de la multa que se puede imponer a cada infractor es de 4000 millones de ARS (aproximadamente 167 millones de USD).⁸

- En Chile, en agosto de 2016, entró en vigor una reforma de la Ley de Competencia. Las prácticas anticompetitivas pueden ser castigadas con multas de (i) hasta el doble del beneficio ilícito obtenido por los infractores, o (ii) hasta el 30% del volumen de ventas anual obtenido por la empresa en el periodo correspondiente gracias a los bienes o servicios con los que se comete la infracción. Por defecto, si es imposible determinar el beneficio ilícito obtenido y el volumen de ventas de las empresas infractoras, se establece para las multas un máximo de 50 millones de USD (OCDE, 2017).
- En Colombia, las personas jurídicas que incumplen la normativa de competencia pueden ser multadas con (i) hasta 100.000 veces el salario mínimo legal (aproximadamente 27.000 millones de USD) o (ii) hasta el 150% de los ingresos obtenidos de las conductas antimonopolio o relacionados con ellas. Debido a la dificultad de determinar la cuantía de los beneficios ilícitos, normalmente la autoridad de competencia de Colombia (SIC) calcula las multas impuestas por ella recurriendo al primer método, que limita su discrecionalidad a la hora de establecer grandes cantidades. Asimismo, algunos expertos argumentan que las multas no son lo bastante disuasorias para las grandes empresas, y que en vez de ello debería emplearse un porcentaje del activo o de las ventas de la empresa.

2. Objetivos de las multas

9. Los objetivos de las multas son la disuasión, el castigo o la restitución, o una combinación de ellos:

- mediante la disuasión, se elimina el incentivo de participar en conductas ilegales y anticompetitivas;

- el castigo es la penalización a aquellas personas físicas o jurídicas que contravienen la normativa de competencia; y
 - mediante la restitución, las personas físicas o jurídicas que incumplen la ley están obligados a devolver todo el beneficio económico obtenido con su actividad ilegal.
10. Algunas jurisdicciones hacen más hincapié en un objetivo que en los otros, o incluso excluyen totalmente alguno de ellos. Para muchas autoridades de competencia, reviste especial importancia el objetivo de disuadir a las personas o empresas de seguir dedicándose a conductas ilícitas en el futuro (es decir, se trata de una disuasión específica). Y las mismas multas tienen también por objeto disuadir a otros posibles infractores de constituir cárteles anticompetitivos o de unirse a ellos (es decir, disuasión generalizada).⁹
11. Otras autoridades centran sus esfuerzos en sancionar a los cárteles que participan en la conducta infractora, o bien en recuperar los beneficios ilícitos obtenidos por los participantes a costa de los consumidores. En Estados Unidos y Canadá, las autoridades indican que, a la hora de establecer una cuantía adecuada para las multas, los tribunales deben tener en cuenta, entre otros factores, la necesaria restitución a las víctimas del delito.¹⁰
12. Los objetivos de castigo y restitución están íntimamente relacionados con el objetivo de disuasión. La autoridad de competencia, al anunciar que va a sancionar a las empresas o personas que, demostradamente, incumplan la normativa de competencia, elimina el incentivo de participar en este tipo de conductas. Asimismo, al confiscar todos los beneficios obtenidos con la conducta ilegal, se elimina el incentivo de participar en la misma y se logra, por tanto, un efecto disuasorio (OCDE, 2016a).
13. Los criterios de cálculo de las multas pueden diferir en función de cuáles sean los objetivos. Por ejemplo, las multas que impone la Autoridad de Competencia de Portugal tienen por objeto sancionar a los infractores y disuadirlos de futuros incumplimientos, a la vez que se disuade a todos, de manera generalizada, de participar en estas conductas. Una vez calculada la multa base, y tras su ajuste al alza o a la baja teniendo en cuenta, en su caso, las circunstancias agravantes o atenuantes, es posible introducir nuevos ajustes hasta obtener la multa final. Así, se puede revisar al alza para añadir un elemento disuasorio si la empresa cuenta con unos recursos económicos y un poder de mercado importantes, o bien si es necesario para que la multa supere a los beneficios ilícitamente obtenidos con la infracción, o/y si el mercado afectado tiene una especial relevancia económica (OCDE, 2016b).
14. En Canadá, la Ley de Competencia establece claramente que la finalidad de las sanciones económicas administrativas, en los casos de abuso de posición dominante, es “promover prácticas” que sean “conformes” con la ley, y excluye expresamente el castigo como objetivo de estas multas.¹¹ Por el contrario, Alemania puede imponer multas punitivas incrementadas para que sobrepasen los beneficios ilícitos (ARC, artículo 81(5)), pues, de acuerdo con el artículo 17(4) de la Ley de Ilícitos Administrativos, las multas en este orden pueden ser de cuantía superior a la de los beneficios obtenidos de más con la infracción. Por tanto, el sistema de multas que aplica Alemania incluye a la vez los elementos de castigo y restitución (OCDE, 2016a).
15. En Chile, las multas cumplen, en primera estancia, una finalidad punitiva. Dos de los factores que se consideran a la hora de calcular la cuantía se fundamentan en la sanción a la conducta infractora (gravedad de la conducta y reincidencia); otro factor que se tiene en cuenta es el beneficio económico obtenido gracias a la conducta, por lo que, en cierto modo, la recuperación de los beneficios obtenidos ilegalmente (restitución) viene a ser el segundo objetivo de las multas. Un potencial efecto disuasorio sería el tercer objetivo de este sistema (OCDE, 2013b).

3. Metodologías de cálculo de las multas

16. Si bien existen algunas diferencias entre jurisdicciones, la mayoría de ellas normalmente siguen cuatro fases a la hora de calcular las multas: (i) determinación de la multa base; (ii) ajuste de la multa base teniendo en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes; (iii) ajustes adicionales; y (iv) aplicación, en su caso, de programas de medidas de gracia y/o de inmunidad.¹²

3.1. Fase I – Cálculo de la multa base

17. La primera fase en el establecimiento de la cuantía de la multa consiste en el cálculo de la multa base. Para ello, las jurisdicciones tienen en cuenta dos elementos: una cuantificación inicial, con el fin de establecer el montante del beneficio ilegal esperado de la infracción de la normativa de competencia, y el porcentaje a aplicar a la cifra obtenida.

3.1.1. Cuantificación inicial

18. En la mayoría de jurisdicciones, para la cuantificación inicial de la multa se tienen en cuenta el alcance de la actividad empresarial analizada y su duración.

Alcance de la actividad

19. Con el fin de garantizar que la multa tenga un efecto disuasorio, su cuantía debe superar a los beneficios ilegales esperados de la conducta anticompetitiva o al perjuicio causado a los consumidores en el mercado de que se trate. Sin embargo, a las autoridades de competencia les resulta normalmente difícil acceder a unos datos precisos y poder calcular con exactitud el beneficio ilícito o el daño a los consumidores, por lo que la mayoría de jurisdicciones recurren a indicadores sustitutivos de los beneficios ilícitos o del perjuicio al consumidor.

Cuadro 2. Cálculo de los beneficios ilegales obtenidos con las infracciones (Perú)

Frente a otras jurisdicciones, que suelen utilizar indicadores sustitutivos, Perú pone un gran énfasis en el beneficio ilícito obtenido por la empresa que comete una infracción anticompetitiva. En Perú, la multa básica es equivalente al beneficio ilícito esperado dividido por la probabilidad de detección de la conducta fraudulenta. Del cálculo de ese beneficio ilícito se encarga la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, que lo obtiene mediante la diferencia entre el precio anticompetitivo y el precio competitivo, y tiene en cuenta, asimismo, la duración de la infracción. La probabilidad de detección se determina en función de la dificultad de detectar el delito investigado. Si resulta difícil descubrir una conducta ilícita, la probabilidad aumentará proporcionalmente la multa aplicable (OCDE, 2016c; OCDE, 2018a).

20. Muchas jurisdicciones recurren, como indicadores sustitutivos para realizar la cuantificación inicial de la multa, a conceptos relacionados con la facturación obtenida por la empresa. Aunque este término suene familiar, el sentido concreto de facturación varía de una jurisdicción a otra. Así, mientras algunas utilizan la facturación global, la mayoría de jurisdicciones recurren al concepto de facturación específica, o valor del mercado concreto afectado, a la hora de establecer la cuantificación inicial de la multa.¹³

21. Normalmente, por facturación específica se entiende el total de ventas realizadas por la empresa, en esa zona geográfica determinada, de los bienes o servicios afectados por la infracción.

- En la UE, la facturación específica es el “valor de las ventas en el mercado afectado”, esto es, el valor total de las ventas realizadas por la empresa de aquellos bienes o servicios afectados directa o indirectamente por la infracción, en la zona geográfica de que se trate, dentro del Espacio Económico Europeo (EEE), durante el último ejercicio fiscal completo en el que la empresa ha participado en la conducta infractora.¹⁴
- En Estados Unidos, la cuantificación inicial de la multa se realiza fijándose en el volumen de ventas imputable a cada participante en la infracción antimonopolio.¹⁵
- En Argentina, Chile, Colombia, Alemania, Hungría, India, Corea, Malasia, México, Singapur, Eslovaquia, Sudáfrica, España y el Reino Unido, entre otros países, se utiliza, para realizar la cuantificación inicial¹⁶, un concepto parecido de facturación específica, que se correspondería a grandes rasgos con las ventas de los bienes o servicios afectados por la infracción.

Cuadro 3. La facturación específica como cuantificación inicial en países seleccionados de América Latina

A la hora de realizar la cuantificación inicial, varios países de América Latina utilizan un mismo concepto de facturación específica, si bien difieren en el nombre que le asignan (OCDE, 2016a).

En Argentina y Chile, se utilizan, para dicha cuantificación inicial, las ventas de los bienes o servicios afectados por la infracción.

En Colombia, la cuantificación inicial es el valor de las ventas realizadas por la empresa en el mercado afectado por la conducta infractora.

En México, se entiende que las ventas afectadas son el resultado de multiplicar el volumen del mercado por la cuota de mercado del infractor y la duración de la conducta infractora.

22. En otras jurisdicciones, como Brasil o Turquía, para realizar la cuantificación inicial de la multa se fija la atención en la facturación total o global de la empresa. No obstante, está pendiente de lograrse una convergencia completa en la definición de facturación total o global.

- En Brasil, la cuantificación inicial de la multa es “entre el 0,1% y el 20% de los ingresos brutos obtenidos por la empresa, grupo o conglomerado industrial en el último ejercicio fiscal anterior al inicio del procedimiento administrativo, en el sector productivo afectado” (OCDE, 2019: 111-112).
- En Turquía, la cuantificación inicial de la multa es un porcentaje determinado de los ingresos anuales brutos de las empresas participantes, obtenidos al final del año fiscal inmediato anterior a la resolución final.¹⁷

Cuadro 4. Dificultades para determinar el alcance de la actividad: el caso de Brasil

En Brasil, la cuantía de la multa es entre el 0,1% y el 20% de los ingresos brutos obtenidos por la empresa, grupo o conglomerado industrial en el último ejercicio fiscal anterior al inicio del procedimiento administrativo, en el sector productivo afectado.

Para determinar cuál es el “sector productivo afectado”, la autoridad de competencia de Brasil (CADE) aprobó la resolución n° 3/2012, que establece 144 áreas de actividad, basadas a su vez en la clasificación por sectores que utilizan otras autoridades públicas y en el trabajo realizado por el Departamento de Estudios Económicos.

Sin embargo, esta clasificación es tan general que puede abarcar la facturación total de una empresa. Es más, si se ven afectados por la conducta infractora dos o más sectores productivos, se sumarán sus facturaciones a la hora de calcular la multa base. La CADE puede utilizar la facturación total, en los casos en que no esté disponible la información sobre los ingresos obtenidos del “sector productivo afectado”. De ello se deduce que este sistema de clasificación utilizado en Brasil puede resultar difícil de aplicar en la práctica (OCDE, 2019).

Duración de la infracción

23. Para la cuantificación inicial de la multa, la mayoría de jurisdicciones tienen en cuenta la duración de la infracción. No obstante, existen diferencias entre ellas en cuanto a la metodología específica que utilizan para determinar cuál es la duración a efectos de la cuantificación inicial de la multa.

- En Brasil, la multa únicamente puede imponerse teniendo en cuenta el último año en que se ha producido la infracción.¹⁸
- En Canadá, Grecia, Hungría, Japón, Corea, México, Suiza, Turquía y Estados Unidos, se tiene en cuenta de principio a fin todo el periodo que dura la infracción, a la hora de la cuantificación inicial de la multa.¹⁹
- En Argentina, Bulgaria, Italia, los Países Bajos, Lituania, Noruega, Polonia, Portugal, Singapur, Sudáfrica, Suecia y la UE, la duración de la infracción se utiliza como multiplicador. En la UE y los Países Bajos, por ejemplo, la cuantificación inicial de la multa es el producto de multiplicar la facturación específica del último ejercicio financiero completo en el que la empresa ha participado en la conducta infractora, por el total de años de duración de la misma.^{20, 21}

24. Algunas jurisdicciones redondean al alza la duración de la infracción, si es inferior a un año, para facilitar la determinación de las fechas inicial y final de ésta, lo que de otro modo sería una engorrosa tarea para las autoridades de competencia y los tribunales.

- En Argentina, los períodos comprendidos entre seis meses y un año se tienen en cuenta como un año completo de conducta infractora.
- En Colombia y la UE, los períodos inferiores a seis meses cuentan como medio año, y los que superan los comprendidos entre seis meses y un año computan como un año completo.

- En Alemania, en aquellos casos en que la infracción dura menos de 12 meses, la cuantificación inicial de la multa tendrá en cuenta períodos de 12 meses, independientemente de la cantidad real de meses que dure esa conducta.

3.1.2. Cálculo de la multa base: porcentaje de la cuantificación inicial

25. Una vez realizada la cuantificación inicial de la multa, se calcula la multa base, que es un determinado porcentaje de esa cuantificación inicial. La mayoría de jurisdicciones establecen el porcentaje aplicable a la cuantificación inicial dentro de un rango concreto, dependiendo de la gravedad o de la trascendencia de la infracción.²²

Tabla 1. Porcentaje máximo aplicable a la cuantificación inicial en una selección de jurisdicciones

Jurisdicción		Porcentaje máximo aplicable a la cuantificación inicial
América Latina	Argentina	30% de la facturación específica de los bienes o servicios afectados por la infracción durante el último ejercicio fiscal
	Brasil	20% de los ingresos brutos obtenidos por la empresa, grupo o conglomerado industrial en el último ejercicio fiscal anterior al inicio de los procedimientos administrativos, en el sector productivo afectado
	Chile	30% de las ventas anuales de las empresas de aquellos bienes o servicios afectados por la infracción durante el periodo en que se produce la infracción
	Colombia	30% del valor de las ventas realizadas por la empresa en el mercado afectado durante el último ejercicio financiero en el que se produce la conducta infractora
	Costa Rica	10% de los ingresos brutos obtenidos por la empresa durante el periodo fiscal inmediato anterior, o 10% del valor de su activo o de sus ingresos supuestos de ese periodo (entre el 0,5% y el 1% para las conductas graves; entre el 1% y el 10% para las conductas especialmente graves)
	México	Hasta el 10% de la facturación específica anual del agente económico
Otros	Unión Europea	30% del valor de las ventas realizadas en el mercado afectado (más entre el 15% y el 20% de la cuota de entrada, en el caso de los cárteles)
	Alemania	Se parte inicialmente del 10% de la facturación específica obtenida por la empresa gracias a la infracción a lo largo de toda su duración, y se le aplica un factor multiplicador que tiene en cuenta el tamaño de la empresa
	Italia	30% del valor de las ventas de los bienes o servicios afectados por la infracción
	Japón	10% de las ventas o compras de bienes o servicios afectados por la infracción, en el caso de los cárteles y de la monopolización privada (modalidad "control") 6% de las ventas o compras de bienes o servicios afectados por la infracción, en el caso de la monopolización privada (tipo "exclusión")
	Corea	3% de la facturación específica obtenida con la venta de los bienes y servicios afectados por la operación, si se trata de abuso de posición dominante 10% de la facturación obtenida de la venta de los bienes y servicios, en el caso de las operaciones de los cárteles
	Países Bajos	10% de la facturación anual, teniéndose en cuenta el ejercicio inmediato anterior a la resolución
	Portugal	30% del valor de las ventas de los bienes o servicios afectados por la infracción
	Sudáfrica	30% de la facturación afectada, es decir, de la facturación obtenida por la empresa gracias a las ventas de los productos y/o servicios que se presume quedan afectados por la conducta infractora
	Suiza	10% de la facturación obtenida en los mercados afectados en Suiza durante los tres últimos ejercicios financieros
	Reino Unido	30% de la facturación del producto y mercado geográfico afectados por la infracción a lo largo del último ejercicio de duración de la misma
	Estados Unidos	20% del valor de comercio imputable a la parte infractora en los bienes o servicios afectados por la infracción

Fuentes: OCDE (2016a); OCDE (2013a); y contribuciones al Foro Global de Competencia 2016 y el Comité de Competencia de América Latina y el Caribe OCDE-IDB 2013.

26. La UE tiene en cuenta la gravedad de la infracción, recurriendo a un porcentaje del valor de las ventas en el mercado afectado durante el último ejercicio financiero completo. Este porcentaje puede ser hasta el 30% del valor de las ventas, dependiendo de la gravedad de la infracción. A su vez, la gravedad se define mediante un análisis de diferentes factores, que incluyen la naturaleza de la infracción (por ejemplo, abuso de posición dominante en el mercado, fijación de precios, reparto del mercado), el ámbito geográfico de la infracción, y si la infracción ha quedado en tentativa o se ha consumado. En la práctica, el porcentaje aplicable varía de un caso a otro. En el caso de los cárteles, la multa base se ve incrementada en una cifra que varía entre el 15% y el 25% del valor de las ventas de un año, y esto tiene la finalidad de disuadir a las empresas de intentar siquiera formar un cártel (la llamada “cuota de entrada”) (Comisión Europea, 2006b).

27. En Japón, el porcentaje de la facturación específica depende del tipo de conducta, así como de las dimensiones de las operaciones y las categorías empresariales de las firmas participantes. Según establece la Ley Antimonopolio (AMA, por sus siglas en inglés), la autoridad de competencia de Japón no tiene margen discrecional para imponer o no una multa ni para decidir la cuantía concreta de la misma (OCDE, 2016e).

Tabla 2. Porcentajes aplicables en Japón

	Cárteles y licitaciones fraudulentas		Monopolización privada	
	Grandes empresas	Pequeñas y medianas empresas	Tipo “control”	Tipo “exclusión”
Fabricación, construcción, transporte, etc.	10%	4%	10%	6%
Venta minorista	3%	1,2%	3%	2%
Venta mayorista	2%	1%	2%	1%

Fuente: OCDE (2018b)

28. Varias jurisdicciones dividen los porcentajes aplicables a la cuantificación inicial en diferentes categorías, en función de la gravedad de la infracción. En Corea, por ejemplo, se dividen estos porcentajes en tres categorías, dependiendo del nivel de gravedad de la conducta: infracción muy grave, infracción grave e infracción no grave. Además, dentro de cada categoría se pueden aplicar distintos porcentajes teniendo en cuenta la naturaleza de la conducta (por ejemplo, abuso de posición dominante o formación de un cártel). El nivel de gravedad de la infracción se evaluará teniendo en cuenta el grado de culpabilidad, que a su vez viene determinado por distintos factores, como los efectos cualitativos de la infracción²³, la cuantía de los ingresos obtenidos ilegalmente o el perjuicio causado a los consumidores, la cuota de mercado de las empresas participantes, la facturación específica y el alcance geográfico de la infracción.

Tabla 3. Porcentajes aplicables a una selección de infracciones (Corea)

	Abuso de posición dominante		Cártel	
	Grado de culpabilidad	Porcentaje	Grado de culpabilidad	Porcentaje
Infracción muy grave	Al menos 2,2	Al menos 2,3% pero no más del 3,0%	Al menos 2,6	Al menos 8,0% pero no más del 10,0%
			Al menos 2,2 pero menos de 2,6	Al menos 7,0% pero menos del 8,0%
Infracción grave	Al menos 1,4 pero menos del 2,2	Al menos 1,5% pero menos del 2,3%	Al menos 1,8 pero menos de 2,2	Al menos 5,0% pero menos del 7,0%
			Al menos 1,4 pero menos de 1,8	Al menos 3,0% pero menos del 5,0%
Infracción no grave	Menos de 1,4	Al menos 0,3% pero menos del 1,5%	Menos de 1,4	Al menos 0,5% pero menos del 3,0%

Fuente: KFTC (2017)

29. En México, la multa base es un porcentaje de como máximo el 10% de la facturación anual del agente económico, en el caso de los cárteles, o un porcentaje máximo del 8% de la facturación anual del agente económico, si se trata de abuso de posición dominante.²⁴

30. En España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) publicó, en noviembre de 2018, una serie de directrices provisionales para el cálculo de las multas en caso de infracciones de la normativa de competencia. Estas directrices de reciente aprobación siguen una metodología en dos fases.

- En la primera fase, la CNMC establece la cantidad base aplicable a todas las empresas que participan en la infracción. Dicha cantidad no será superior al 60% de la cuantía total de la multa, y se calculará teniendo en cuenta: (i) la naturaleza de las conductas anticompetitivas; (ii) las características de los mercados afectados; (iii) la cuota de mercado de las empresas participantes; (iv) el alcance geográfico de la infracción; (v) los efectos sobre los consumidores y otras partes interesadas del mercado; (vi) el monto total de los beneficios ilícitos obtenidos; y (vii) la existencia de medidas o programas de cumplimiento (si son aplicables a todas las empresas participantes).
- La otra parte de la multa se calcula individualmente para cada una de las empresas que participan en la infracción, teniendo en cuenta: (i) la duración de la participación de la empresa en la conducta infractora; (ii) la cuota que corresponde a esa empresa en el total de la facturación afectada por la infracción (excepto si se trata de abuso de posición dominante); y (iii) la aplicabilidad de circunstancias agravantes o atenuantes. Además, para garantizar que las multas son proporcionadas, a continuación, la CNMC establece un límite de proporcionalidad que no puede ser superado por ninguna multa. Para ello, la CNMC realiza una estimación del beneficio obtenido por cada una de las empresas que participan en la conducta infractora y, como factor disuasorio, multiplica dicha estimación por un número comprendido entre el 1 y el 4, dependiendo de la duración de la infracción y de las dimensiones de la empresa.

31. Cabe destacar que Estados Unidos defiende que se emplee un indicador sustitutivo, fácilmente aplicable, que representa los beneficios ilegales esperados y el perjuicio a los consumidores derivado de la infracción. En Estados Unidos, el porcentaje aplicable a las licitaciones fraudulentas o a los acuerdos de fijación de precios o de reparto de mercados es, normalmente, el 20% del volumen del comercio afectado. Aunque el beneficio medio esperado en el caso de la fijación de precios es aproximadamente el 10% del precio de venta, el perjuicio a los consumidores en estos casos supera esa cifra ya que, entre otras cosas, se perjudica también a los consumidores que no compran el producto por sobrepasar cierto precio. Dado que los perjuicios causados por la fijación de precios superan al beneficio ilícito, se utiliza la cifra del 20% del volumen el comercio afectado para representar el daño causado a los consumidores. La finalidad de establecer un porcentaje del volumen de comercio es ahorrar el tiempo y los gastos que conllevaría para el tribunal determinar el beneficio o perjuicio reales.²⁵

3.2. Fase II – Ajuste de la multa teniendo en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes

32. Una vez establecida la multa base, la mayoría de jurisdicciones la ajustan, a continuación, teniendo en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes. Entre los distintos factores que se tienen en cuenta para el ajuste de la multa base, exponemos a continuación, en la Tabla 4, los más comunes e importantes.

Tabla 4. Circunstancias agravantes y atenuantes comunes

Circunstancias agravantes	Circunstancias atenuantes
Reincidencia	Indemnización a las partes perjudicadas
Posición principal entre los infractores	Posición menor entre los infractores
Medidas coercitivas o de represalia para asegurar la continuidad de la infracción	Participación bajo coacción
Obstrucción a la investigación o negativa a colaborar	Colaboración en la investigación
Continuidad de la infracción tras el inicio de la investigación	Finalización inmediata de la conducta infractora tras el inicio de la investigación
Intencionalidad de la conducta (conciencia de su naturaleza ilegal)	Dudas sobre la licitud o ilicitud de la conducta
Carácter institucionalizado de la infracción	Infracción autorizada o fomentada por la legislación o las autoridades
Importancia del sector afectado	Infracción sólo en fase de tentativa
Participación de la alta dirección	Reacción lenta/duración excesiva del procedimiento ante la autoridad de competencia
Incumplimiento de un interdicto o de la condición de un período de prueba	Aceptación de la responsabilidad
Dimensiones de la empresa	Programa efectivo de cumplimiento

Fuente: ICN (2017); OCDE (2018); OCDE (2016a)

3.2.1. Circunstancias agravantes

Reincidencia

33. En la mayoría de jurisdicciones, los infractores con un historial previo de sanciones ven aumentada la cuantía de sus multas. Se considera que es necesario incrementar las multas con que se sancionan las infracciones en materia de competencia cometidas por aquellas empresas que reinciden en estos comportamientos. Cuando el reincidente no se ha visto

disuadido de incumplir la normativa de competencia por las multas impuestas anteriormente, demuestra una elevada propensión a cometer este tipo de infracciones (Wils, 2012).

34. La reincidencia se da con una frecuencia mayor en unos sectores productivos que en otros. En la UE, una posible explicación para la elevada frecuencia de los cárteles en la industria química es que las multas que se establecen son inferiores a lo que determinan las directrices sancionadoras actuales, que limitan estas sanciones al 10% de los ingresos mundiales anuales por infracción. Este límite máximo a las multas favorece a las empresas que actúan en connivencia entre sí en mercados especializados y con elevados volúmenes de ventas, ya que los beneficios obtenidos por el cártel sobrepasan ese límite máximo en un momento anterior a lo que ocurre con los conglomerados que actúan en varios mercados menores, y que, si desean conseguir unos beneficios ilegales comparables, deben arriesgarse a ser sancionados con numerosas multas (Ulrich, 2018).

35. Las metodologías prácticas mediante las que se tiene en cuenta la reincidencia varían entre jurisdicciones en función de los siguientes factores: tiempo transcurrido entre la infracción anterior y la actual; y cuantía del incremento.

- En cuanto al tiempo transcurrido, la mayoría de jurisdicciones establecen un periodo máximo entre la infracción anterior y la que se está sancionando en este momento. Así, en Francia y el Reino Unido, la infracción anterior debe haberse producido en los últimos 15 años. En cuanto a Argentina, Japón, México, España y Estados Unidos, la reincidencia cubre diez años entre una infracción y otra. En Alemania y Corea, el tiempo transcurrido entre las dos conductas es un máximo de cinco años. Sin embargo, algunas jurisdicciones no establecen un límite temporal entre la infracción anterior y la actual. Por ejemplo, la Comisión Europea no cuenta con límites a la hora de tener en cuenta las infracciones anteriores.²⁶
- En lo que se refiere a la cuantía del incremento si existe agravante, la mayoría de jurisdicciones aplican un porcentaje. Mientras que en Argentina, Brasil, México, el Reino Unido y la UE el incremento de la multa para los reincidentes es de hasta el 100% de la multa base, el porcentaje máximo de aumento es del 80% en Corea²⁷ y del 50% en Japón. En Estados Unidos, la reincidencia incrementa el grado de culpabilidad en hasta dos puntos, lo que hace que la cuantía de la multa se eleve en un 16%.²⁸

Posición de la empresa entre los infractores

36. La mayoría de jurisdicciones consideran como factor agravante que la empresa desempeñe, entre los distintos infractores, una posición de liderazgo o de promoción de la conducta.

- En Colombia, actuar como líder, promotor o instigador, de cualquier forma, de estos comportamientos, es una de las circunstancias agravantes que deben tenerse en cuenta para ajustar la multa base (artículo 25 de la Ley 1340).
- En Ecuador, la función de líder o de promotor de la infracción es uno de los elementos agravantes (artículo 81 de la Ley de Competencia).
- En la UE, la multa base puede verse incrementada cuando la empresa desempeña un papel de líder o de promotor de la infracción.
- En Japón, la multa base puede verse aumentada en un 50% si la corporación desempeña un papel de liderazgo en la infracción.

- En el Reino Unido, el hecho de que la empresa ejerza de líder o promotor de la conducta infractora supone un incremento de hasta el 10% de la multa base.
 - En los Estados Unidos, el nivel de agravamiento de la sanción varía de acuerdo con el alcance del cártel.²⁹
37. Algunas jurisdicciones elevan la multa base si se demuestra que se dan conductas coactivas o de represalia en el ámbito de la infracción.
- En la UE, la multa base se incrementa si la empresa toma medidas dirigidas a coaccionar a otras empresas a participar en la infracción, o si adopta medidas de represalia contra otras empresas para imponer las prácticas infractoras.
 - En Corea, la multa base puede verse incrementada en un porcentaje situado entre el 10% y el 30% cuando la entidad societaria infractora adopta medidas de represalia contra otras sociedades que no participan en la conducta, o hace que otras empresas adopten esas medidas de represalia.
 - En España, la adopción de medidas encaminadas a imponer o asegurarse de que se aplican las conductas constitutivas de infracción, se tiene en cuenta como constancia agravante.

3.2.2. *Circunstancias atenuantes*

Colaboración en la investigación

38. La colaboración con las autoridades investigadoras es el factor atenuante más común. La colaboración puede considerarse como elemento atenuante de la multa en esta fase del procedimiento, o bien puede reducir su cuantía en la última fase, al amparo de un programa de medidas de gracia.

39. La mayoría de jurisdicciones incluyen la colaboración efectiva como factor atenuante de manera genérica, pero a menudo carecen de disposiciones que concreten en cuánto se reduce la multa base para las empresas que colaboran:

- En la EU, conforme a sus directrices de cálculo de multas, la multa base puede reducirse cuando la empresa colabora de manera efectiva con la Comisión fuera del marco de la comunicación de clemencia y más allá de su obligación legal de colaborar.
 - En Chile, la colaboración con la autoridad de competencia antes o durante la investigación es el único factor atenuante que, según su Ley de Competencia (DL 211), puede ajustar la multa base.³⁰
 - En México, la colaboración con la autoridad de competencia más allá de las obligaciones legales del infractor y que permitan la conclusión del procedimiento de una manera más rápida o eficaz, se tiene en cuenta como circunstancia atenuante.
40. Sin embargo, en otras jurisdicciones, el rango de reducción de la multa base en el caso de colaboración se establece expresamente en las directrices.
- En Estados Unidos, se reduce el grado de culpabilidad hasta en cinco puntos dependiendo de en qué medida colabore el infractor.³¹
 - En Corea, cuando el infractor no se limita únicamente a colaborar por propia iniciativa con la investigación admitiendo su conducta de principio a fin en todo el

procedimiento de deliberación, sino que ofrece material informativo que demuestre la ilegalidad o que sirva, en general, de prueba en el expediente, la multa base puede reducirse en hasta un 20%.³²

- En Turquía, la multa base se reduce entre una sexta parte y una cuarta parte en el caso de las empresas o asociaciones empresariales que, participando en otras infracciones, admiten su conducta y prestan una colaboración activa en la investigación.³³

Programa efectivo de cumplimiento

41. Existe diferencia de opiniones sobre si contar con un programa de cumplimiento debe considerarse como factor atenuante. Algunos están a favor de que se reduzca la multa en estos casos, pues un programa de cumplimiento es fundamental para impedir que se produzcan infracciones, así como para garantizar que, en caso de producirse, se detectan, denuncian y gestionan inmediatamente de manera adecuada. Sin embargo, quienes sostienen lo contrario argumentan que la sola existencia de un programa de cumplimiento que no logre evitar la conducta ilegal, no debe considerarse circunstancia atenuante ni influir en modo alguno en la cuantía de las multas antimonopolio que se impongan.

42. Algunas jurisdicciones conceden una reducción de la multa base cuando el infractor pone en marcha un programa efectivo de cumplimiento (ICN, 2017).³⁴

- En Brasil, el tribunal de la autoridad de competencia (CADE) puede considerar el programa de cumplimiento como un factor atenuante para la reducción de la multa base o como criterio a tener en cuenta para calcular la contribución económica que debe realizar la empresa si se llega a un acuerdo de admisión de culpabilidad.³⁵
- En Chile, la existencia de un programa de cumplimiento puede tenerse en cuenta como factor atenuante para ajustar la multa base.³⁶
- En Reino Unido, la autoridad de competencia (CMA) establece que, si se demuestra que la empresa adopta medidas de cumplimiento, se puede valorar un posible descuento de hasta el 10%.

43. En Estados Unidos, si bien en teoría las directrices de imposición de sanciones otorgan a las empresas un derecho a reducción de la sanción si pueden demostrar que sus programas de cumplimiento son “efectivos”,³⁷ en la práctica son pocos los casos en que se ha tenido en cuenta un programa de este tipo como factor atenuante.³⁸ Anteriormente, el Departamento de Justicia (DOJ) había adoptado la posición de que, en el mejor de los casos, los programas de cumplimiento son ineficaces o bien se les ignora deliberadamente cuando la empresa participa en una conducta ilegal.³⁹ Sin embargo, en los últimos tiempos el DOJ ha cambiado su postura y las empresas pueden acogerse a acuerdos de aplazamiento del encausamiento o a una reducción de la sanción si introducen un programa sólido de cumplimiento, denuncian sus propias infracciones, colaboran con los investigadores del DOJ y adoptan medidas correctoras.⁴⁰

Posición menor de la empresa entre los infractores

44. Una participación limitada o el desempeño de una posición menor entre los infractores es una de las circunstancias atenuantes que se aplican en varias jurisdicciones.

- En la UE, la multa base puede verse reducida si la empresa demuestra que su participación en la conducta infractora es sustancialmente limitada y, con ello, logra

probar que, durante el período en el que formó parte del acuerdo ilícito, evitó, actuando de una manera competitiva en el mercado, aplicarlo en la práctica. (Comisión Europea, 2006b)

- En Turquía, actuar bajo coacción de otras empresas es una circunstancia atenuante.
- En Estados Unidos, si el infractor desempeña un papel mínimo o de menor importancia en el cártel, se reduce el grado de culpabilidad en hasta cuatro puntos.⁴¹

Cese de la conducta infractora

45. Varias jurisdicciones consideran que el cese inmediato de la conducta infractora es una circunstancia atenuante.

- En la UE, si la empresa aporta pruebas de que ha cesado en su conducta desde el momento en que interviene la Comisión, la multa puede reducirse en algún grado, excepto en el caso de los cárteles.
- En México, el cese de la práctica monopolística o de la concentración ilícita antes de la investigación o durante el proceso judicial, puede considerarse como factor atenuante (OCDE, 2016f).⁴²

46. Además, algunas de estas jurisdicciones establecen condiciones específicas para la aplicación de esta atenuante. Así, en Japón, la multa base se verá reducida en un 20% si la empresa interrumpe su conducta infractora (con el límite de que la duración de esta conducta sea como máximo de dos años) al menos un mes antes de la fecha de inicio de la investigación.⁴³

3.3. Fase III – Ajustes adicionales

47. Una vez introducidos en la multa base los ajustes correspondientes a las circunstancias agravantes y atenuantes, la mayoría de jurisdicciones ajustará aún más la multa para asegurarse de que ésta tiene un efecto disuasorio. En esta fase, se tienen en cuenta factores como los límites legales a las multas y la capacidad económica del infractor.

3.3.1. Límites máximos

48. La mayoría de jurisdicciones establecen límites legales a las multas por infracciones de la normativa de competencia, y estos límites tienen por finalidad garantizar el principio de proporcionalidad y evitar que se restrinja la competencia en el mercado poniendo en peligro la viabilidad de la empresa.⁴⁴

49. Los límites máximos suelen establecerse por una de las siguientes vías, o una combinación de ambas: (i) una cantidad económica concreta, o (ii) un determinado porcentaje de la facturación o de otra cifra⁴⁵. Mientras que Canadá establece sólo cantidades concretas como límites máximos, la mayoría de jurisdicciones recurren a un porcentaje o a una combinación de las vías expuestas en (i) y (ii).

50. Las metodologías prácticas que toman como referencia la facturación difieren entre jurisdicciones en: el rango de facturación escogido; la entidad cuya facturación se cuantifica; y el período considerado.

- En cuanto al rango de facturación tenido en cuenta, la mayoría de jurisdicciones se fijan en la facturación total, mientras que otras utilizan sólo la facturación específica afectada por la infracción. Por ejemplo, Chile, Colombia, Japón, Corea y Estados

Unidos⁴⁶ recurren a la facturación específica para establecer el límite máximo del porcentaje. Por su parte, por ejemplo, Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Alemania, Italia, México, los Países Bajos, Portugal, España, Suiza y el Reino Unido, así como la UE, emplean para este fin la facturación total.

- En lo que se refiere a la entidad respecto de la cual se miden los límites máximos, las jurisdicciones varían en sus posiciones. Así, algunas respetan la autonomía de las distintas entidades corporativas y su forma jurídica, mientras que otras pueden utilizar la facturación de todo el grupo económico al que pertenece el infractor.⁴⁷
- En cuanto al período considerado, también se observan diferentes posiciones entre jurisdicciones en lo que atañe al concepto de facturación que debe emplearse para calcular la multa; por una parte, estarían las jurisdicciones que emplean la facturación específica, que tienen en cuenta el período total que dura la infracción, y por otra parte, la mayoría de jurisdicciones que utilizan la facturación total se fijan en la facturación del ejercicio anual/fiscal inmediato anterior a la resolución.

51. A continuación se exponen los límites máximos de las multas en una selección de jurisdicciones.

Tabla 5. Límites máximos de las multas en una selección de jurisdicciones

Jurisdicción		Límite máximo de las multas para empresas	
Países de América Latina	Argentina	(i) 30% de la facturación consolidada obtenida por el grupo económico del infractor en Argentina durante el último ejercicio fiscal, o (ii) el doble del beneficio económico obtenido gracias a la infracción. Si no es posible calcular la multa por las vías (i) o (ii), se establece como límite máximo para la multa para cada infractor 4000 millones de ARSK.	
	Brasil	20% de los ingresos brutos obtenidos por la empresa, grupo o conglomerado industrial en el último ejercicio fiscal anterior al inicio del procedimiento administrativo, en el sector productivo afectado. Si no es posible utilizar la facturación para calcular la cuantía de la sanción, la autoridad de competencia puede aplicar multas de hasta 2000 millones de BRL.	
	Chile	(i) el doble del beneficio ilegal obtenido, o (ii) hasta el 30% de las ventas del infractor durante el periodo en el que se produjo la infracción. Si es imposible determinar las ventas o los beneficios, se aplicará una multa de como máximo 60.000 unidades tributarias.	
	Colombia	la cifra mayor de entre (i) 100.000 salarios mínimos mensuales actuales, o (ii) el 150% de los beneficios obtenidos gracias a la conducta anticompetitiva	
	Costa Rica	10% de los ingresos brutos obtenidos por la empresa durante el ejercicio fiscal anterior, o del valor de su activo o de sus ingresos esperados en ese período	
	Ecuador	12% de la facturación total del infractor en el último ejercicio fiscal	
	México	10% de la facturación anual del agente económico	
	Otros países	Canadá	25 millones de CAD
		Unión Europea	10% de la facturación mundial total de la empresa en el último ejercicio fiscal
Alemania		1 millón de EUR, o el 10% de la facturación total mundial en el último ejercicio fiscal	
Italia		10% de la facturación total mundial de la empresa en el último ejercicio fiscal	
Japón		10% de las ventas de los bienes o servicios afectados	
Corea		10% de la facturación específica obtenida por la empresa, o 2000 millones de KRW si no es posible calcular dicha facturación específica	
Países Bajos		900.000 EUR o, si resulta una cantidad mayor, el 10% de la facturación anual correspondiente al ejercicio anterior al año de la resolución de la multa	
Portugal		10% de la facturación total de la empresa en el ejercicio fiscal anterior a la resolución de la multa	
España		10% de la facturación total de la empresa infractora en el ejercicio fiscal anterior a la imposición de la multa	
Suiza		10% de la facturación lograda por la empresa en Suiza durante los tres últimos ejercicios financieros	
Reino Unido		10% de la facturación total mundial en el último ejercicio fiscal	
Estados Unidos	la cifra mayor de entre 100 millones de USD, el doble de los beneficios económicos obtenidos gracias a la conducta delictiva, o el doble del perjuicio económico causado a las víctimas		

Fuentes: OCDE (2018b); OCDE (2016a); y contribuciones al Foro Global de Competencia 2016 y el Comité de Competencia de América Latina y el Caribe OCDE-IDB 2013.

Cuadro 5. Límite máximo de las multas en España

Desde la entrada en vigor de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 (LDC) en España, la autoridad de defensa de la competencia (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC) sigue el mismo sistema de multas que la CE y otros países europeos. De acuerdo con las directrices de imposición de sanciones de 2009, se calculaba la cantidad base de la multa como porcentaje sobre la facturación del mercado afectado (FMA), con los límites establecidos en el artículo 63 de la LDC. En la práctica, esto significaba que las infracciones graves se sancionaban con multas muy severas, que llegaban en numerosas ocasiones al límite máximo del 10% del total de las ventas del ejercicio anterior.

En 2013, la Audiencia Nacional modificó la interpretación anterior del artículo 63 de la LDC de dos formas: (i) el límite máximo legal del 10% establecido por el artículo 63.1⁴⁸ debía interpretarse como límite máximo para las multas, y (ii) la “facturación total” a que se refiere el artículo 63.1 debía interpretarse como “FMA total”. Tras esta sentencia, se produjo una notable reducción de las multas (entre el 45% y el 95% de las multas inicialmente impuestas por la CNMC), y se dio pie a una situación de total incertidumbre, ya que la CNMC continuó utilizando las directrices de cálculo de multas hasta enero de 2015.

En el mes de enero de 2015, el Tribunal Supremo dictó una sentencia que establecía las directrices definitivas: sostuvo que el límite máximo del 10% debe quedar reservado para las infracciones más graves, pero que debe aplicarse al total de las ventas de la empresa infractora (y no sólo a sus ventas en el mercado afectado) en el ejercicio anterior. Esta sentencia dio por finalizado un largo período de discrepancias entre la CNMC y la Audiencia Nacional, lo que, a su vez, redujo en gran medida la incertidumbre sobre la interpretación del artículo 63 de la LDC (OCDE, 2016g).

3.3.2. Capacidad de pago

52. La mayoría de jurisdicciones tienen en cuenta la capacidad de pago del infractor, al aplicar el principio de proporcionalidad o la perspectiva económica de que una multa de excesiva cuantía que expulse del mercado a la empresa puede reducir el número de competidores y con ello, perjudicar la competencia en el mercado.

53. Los criterios para aceptar, y en su caso las condiciones de aceptación de, la excusa de la incapacidad de pago, varían entre jurisdicciones. Cabe destacar, entre ellas, el caso de Corea, que tiene en cuenta en sus directrices sancionadoras la capacidad de pago del infractor y establece unos criterios detallados y unos límites máximos a la reducción de la multa; todo ello da un limitado poder discrecional a su autoridad de competencia.

- En Chile, la capacidad de pago ha sido expresamente tenida en cuenta en algunos casos de cárteles, sin disposición legal que lo regulase. Las correspondientes disposiciones legales fueron introducidas en la normativa de competencia (DL 211) en 2016.
- En Costa Rica, la incapacidad de pagar es un criterio que se tiene en cuenta a la hora de imponer una multa, según establece el artículo 70 de la Ley 8642. Este criterio se emplea para determinar la sanción económica, con el fin de evitar imponer una multa que pueda llevar a la empresa a la quiebra o bien eliminar o debilitar la competencia en los mercados.
- En la UE, la Comisión Europea puede, en casos excepcionales y a instancias de la empresa, tener en cuenta su incapacidad de pagar en determinadas situaciones sociales y económicas concretas. La reducción que se concede por este motivo no puede fundamentarse en fallar que existe una situación económica adversa o que causa pérdidas; por el contrario, esta reducción únicamente puede concederse si se dan evidencias objetivas de que, en caso de imponerse en su totalidad, se comprometería irremediablemente la viabilidad económica de la empresa y se provocaría la pérdida total del valor de su activo. Desde 2010, la Comisión Europea ha aceptado varias solicitudes de incapacidad de pago teniendo en cuenta que la situación económica general empeoró a partir de la crisis financiera de 2008.

- En México, según establece el artículo 130 de la Ley Federal de Competencia Económica, la “capacidad económica” de la empresa es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar la gravedad de la infracción.
- En Corea, la autoridad de competencia reduce la multa teniendo en cuenta el estado de la economía de la empresa. En el caso de las sociedades (i) que sufren un deterioro en su capital en el ejercicio anual anterior, la multa se reducirá en un 50%; (ii) con más de tres veces de coeficiente de deuda y déficit de ingresos netos, hasta el 30%; (iii) con un deterioro de capital superior en un 50% al activo total, hasta más del 50%. Además, si una sociedad se encuentra en proceso de rehabilitación y se la considera incapaz de pagar, se le condona la multa.
- En Portugal, la autoridad de competencia puede tener en cuenta, en casos excepcionales, la incapacidad de la empresa de hacer frente a la multa. En estas circunstancias, se puede otorgar una reducción de su cuantía bastando que se demuestre que, de imponerse la multa calculada según las Directrices, se comprometería irreversiblemente la viabilidad económica de la empresa y se ocasionaría la pérdida total del valor de su activo (OCDE, 2016b).
- En Estados Unidos, las directrices de imposición de sanciones permiten que se reduzcan las multas teniendo en cuenta la incapacidad de pagar, pero “no en cuantía mayor a la necesaria para evitar comprometer gravemente la viabilidad de la continuidad” de la empresa.⁴⁹ Cuando una empresa sostiene, en la fase de debate previo, que su capacidad de pago es limitada, debe presentar sus libros contables al Departamento de Justicia (DOJ). El DOJ no pretende imponer a las empresas una multa que no puedan afrontar, aunque en ocasiones la multa recomendada no pueda abonarse inmediatamente, por lo que se permite su pago a plazos en un máximo de cinco años (OCDE, 2016h).

54. No obstante, aceptar la solicitud de incapacidad de pago puede comprometer el efecto disuasorio de las multas. Por este motivo, las autoridades de competencia pueden valorar el empleo de alternativas que permitan mantener el poder disuasorio sin comprometer la viabilidad económica de la sociedad infractora. Algunas jurisdicciones, por ejemplo, autorizan períodos de pago amplios o pagos a plazos.

Cuadro 6. Aceptación de las solicitudes de incapacidad de pago en la UE

Entre 2010 y 2012, la Comisión Europea aceptó alegaciones de incapacidad de pago (IDP) en seis casos y concedió reducciones en las multas a doce empresas. Sin embargo, con posterioridad a 2012, y al mejorar la situación económica, la Comisión aceptó menos alegaciones de IDP: entre 2014 y 2015, la Comisión concedió alegaciones de IDP en dos casos y otorgó reducciones en las multas a un total de cuatro empresas.

- En 2010, la Comisión concedió reducciones de las multas a cinco empresas de las diez que alegaron IDP en el caso del cártel *Bathroom fittings & fixtures* (junio de 2010, COMP/39092), a tres empresas de un total de trece en el caso *Prestressing steel case* (junio de 2010, COMP/38344) y a una empresa de las dos del caso *Animal Feed Phosphates* (julio de 2010, COMP/38866).

- En 2011, la Comisión redujo la multa impuesta a una empresa que alegó IDP en el caso del cártel *Refrigeration compressors* (diciembre de 2011, COMP/39600).
- En 2012, la Comisión aceptó la alegación de IDP de una empresa en el caso del cártel *Mountings for windows and window-doors* (marzo de 2012, COMP/39452), y una empresa en el caso *TV and computer monitor tubes* (diciembre de 2012, COMP/39437)
- En 2014, se aprobaron dos alegaciones de IDP en el caso *Envelopes* (diciembre de 2014, COMP/AT.39780). Sin embargo, la Comisión rechazó las alegaciones de IDP en el caso *Steel abrasives* (abril de 2014, COMP/AT.39792).
- En 2015, se aceptaron dos de las tres alegaciones de IDP en el caso *Retail food packaging* (junio de 2015, COMP/AT.39563).

Fuente: Billard y Fabre (2018)

3.3.3. Programas de gracia

55. Una vez calculada la multa siguiendo el procedimiento anterior, se puede valorar la aplicación de una reducción de la misma o de conceder inmunidad, en su caso, en expedientes de cártel. Detectar la existencia de un cártel resulta una difícil tarea para los organismos de competencia si emplean métodos de investigación tradicionales, como investigaciones de mercado o denuncias de personas ajenas al cártel, como consumidores o competidores. Por el contrario, los programas de medidas de gracia se dirigen a las fuentes de información internas del propio cártel, y tratan de aprovechar la inestabilidad inherente a estas estructuras ilegales (OCDE, 2015). Los programas de medidas de gracia siguen siendo una importante herramienta de investigación en algunas jurisdicciones de América Latina, y van adquiriendo relevancia en otros mercados.

- En Argentina, la nueva Ley de Defensa de la Competencia (Ley n° 27.442), aprobada el 23 de mayo de 2018, creó el primer programa de medidas de gracia del país. Al primer solicitante se le concede inmunidad civil y penal, y los siguientes pueden obtener reducciones en sus multas, en función del orden cronológico de sus solicitudes, de entre el 50% y el 20%, siempre que se cumplan otras condiciones.
- En Brasil, la ley de competencia de 2000 introdujo un programa de medidas de gracia, y la primera medida de este tipo se concedió en 2003. Entre 2003 y febrero de 2019, la autoridad de competencia (CADE) aplicó un total de 87 programas de medidas de gracia, gracias a los cuales se iniciaron 63 procedimientos administrativos. Además, en este período, la CADE firmó acuerdos de cese y desistimiento⁵⁰, gracias a los cuales se obtuvieron unas aportaciones económicas voluntarias de 1950 millones de BRL (reales brasileños) (aproximadamente 600 millones de USD).⁵¹
- En Colombia, y dentro del régimen legal de la competencia, se introdujo en 2009 un programa de medidas de gracia; las primeras solicitudes llegaron en 2013. Entre ese año y mayo de 2018 (i) se presentaron 31 solicitudes de medidas de gracia; (ii) se firmaron quince acuerdos de medidas de gracia; (iii) se pusieron en marcha cinco investigaciones con pliego de cargos; y (iv) se cerraron un total de cuatro casos (cártel *Baby Diapers*, cártel *Soft Papers* y cártel *Scholar Notebooks* en 2016,

cártel *Private Security Services* en 2017) con sanciones y/o reconocimiento de beneficios (OCDE, 2018c).

- En México, se introdujo un programa de medidas de gracia en 2006. Desde la primera solicitud, en 2007, hasta el año 2017, ha habido un total de 130 solicitudes (OCDE, 2018d). En junio de 2015, la autoridad mexicana de competencia (COFECE) emitió sus directrices de aplicación de programas de medidas de gracia con el fin de aportar seguridad jurídica y claridad al público en general y a los potenciales solicitantes.
- En Perú, la legislación incluye un programa de medidas de gracia desde 1996, pero la primera solicitud no se presentó hasta 2012. En 2017, el primer acuerdo de medidas de gracia se resolvió con una sanción en el caso del cártel *Toilet Paper*. En este caso, Kimberly-Clark fue la que se dirigió en primer lugar a las autoridades, y se le concedió inmunidad, mientras que la sanción a Protisa se redujo en un 50%, con lo cual la empresa tuvo que pagar 52 millones de PEN (soles peruanos) (15 millones de EUR). En agosto de 2017, la autoridad de competencia publicó sus directrices de aplicación de medidas de gracia, encaminadas a mejorar la transparencia y previsibilidad del programa.⁵²

4. Cuestiones prácticas

4.1. Destinatarios de las multas

56. Las multas se imponen a las empresas que participan en infracciones de la normativa de competencia.⁵³ Sin embargo, la definición y/o el alcance de empresa, en tanto que destinataria de las multas, varían entre jurisdicciones.

4.1.1. Responsabilidad de la sociedad matriz

57. Existen dos visiones diferentes sobre si las sociedades matrices deben responder de las infracciones cometidas por sus filiales.

58. En algunas jurisdicciones, deben respetarse la autonomía societaria y las formalidades legales, y la responsabilidad de la infracción se limita a la propia empresa infractora. De acuerdo con esta posición, la titularidad mayoritaria (incluso del 100% de las acciones) de una filial no es suficiente para atribuir responsabilidad a la sociedad matriz por las infracciones cometidas por la filial; tampoco se deduce de ello la presunción de que la sociedad matriz ejerce una influencia decisiva sobre la conducta de su filial (OCDE, 2016a), (OCDE, 2018b).

59. En las demás jurisdicciones, la empresa a la que se impone la multa puede consistir en una o más entidades societarias distintas. La responsabilidad de la infracción no se limitará a la propia entidad; puede extenderse a su sociedad matriz o a las demás sociedades del mismo grupo corporativo, si se cumplen ciertas condiciones.⁵⁴

60. Una de las principales justificaciones de la responsabilidad de la sociedad matriz es que, de este modo, se logra un mayor efecto disuasorio. En primer lugar, que la sociedad matriz tenga que responder permite imponer mayores multas por la misma infracción. En segundo lugar, la sociedad matriz puede estar más predispuesta a vigilar estrechamente a sus filiales con el fin de impedir toda conducta ilícita. Gracias a la responsabilidad de la sociedad matriz, ésta no puede eludir la responsabilidad de las infracciones cometidas por

sus filiales mediante reestructuraciones societarias estratégicas. Estas reestructuraciones pueden limitar la facultad de las autoridades de competencia de imponer multas, con lo que queda potencialmente comprometido el efecto disuasorio de las mismas.⁵⁵

Cuadro 7. Responsabilidad de la sociedad matriz en una selección de jurisdicciones

- En Brasil, las multas varían entre el 0,1% y el 20% de los ingresos brutos obtenidos por la empresa, grupo o conglomerado industrial en el último ejercicio fiscal anterior al inicio del procedimiento administrativo, en el sector productivo afectado.
- En Costa Rica, se puede considerar responsable solidaria a la sociedad matriz en el caso de las infracciones antimonopolio que cometa su filial. Conforme al artículo 68 de la Ley 8642, con el fin de imponer una sanción, la autoridad de competencia de Costa Rica (SUTEL) debe evaluar si el infractor forma parte de un grupo económico. Si es así, la multa se impondrá teniendo en cuenta los ingresos por las ventas de todas las empresas que forman parte del grupo económico, según se define en el artículo 6 de la Ley 8642. Este artículo define grupo económico como grupo de empresas bajo una misma dirección o con una misma dependencia económica, independientemente de la forma jurídica de las empresas participantes (OCDE, 2016k).
- En la UE, sus tribunales definen “empresa”, en tanto que el destinatario de las multas según la normativa de competencia de la UE, como “unidad económica”, y, por tanto, una empresa puede consistir en una o varias personas jurídicas. En el caso *Akzo Nobel*⁶¹, los tribunales de la UE resolvieron que la sociedad matriz es corresponsable, con sus filiales, de las infracciones de la normativa de competencia “si las empresas participantes no establecen de manera independiente su propia conducta en el mercado, sino que ejecutan, en lo esencial, las instrucciones emanadas de la sociedad matriz”. La falta de independencia de la filial puede determinarse en función de la capacidad de la sociedad matriz de ejercer una influencia decisiva sobre la conducta de aquélla, y el ejercicio efectivo de esa influencia. Además, en el caso *Akzo Nobel* se presume, si bien iuris tantum, que la sociedad matriz ejerce una influencia decisiva y es responsable si es titular del 100% del capital de la filial que comete la infracción.⁵⁷

61. Desde una perspectiva práctica, la responsabilidad de la sociedad matriz puede afectar de dos maneras a la cuantía de las multas. En primer lugar, el límite máximo de las multas se aplica y se calcula teniendo en cuenta al grupo societario en su totalidad, y no a cada empresa individualmente, por lo que las filiales infractoras pueden ser sancionadas con multas mayores. Con ello, las autoridades de competencia pueden impedir que la sociedad matriz actúe de una manera estratégica para incumplir intencionalmente la normativa de competencia a través de una de sus filiales, beneficiándose de que el límite máximo de la multa es menor. En segundo lugar, la responsabilidad de la sociedad matriz puede aumentar la probabilidad de reincidencia. En otras palabras, se puede considerar que una filial infractora es reincidente si previamente la sociedad matriz u otras filiales del mismo grupo corporativo han cometido infracciones, y ello permite ajustar la cuantía de la multa teniendo en cuenta esta reincidencia.

4.1.2. Asociaciones empresariales

62. Algunas jurisdicciones imponer multas a las asociaciones, formadas por empresas, que infringen la normativa de competencia.⁵⁸ Las metodologías empleadas para la cuantificación inicial de la multa base varían de una jurisdicción a otra.

- Algunas jurisdicciones emplean la facturación de los miembros de la asociación como base de cálculo de las multas.⁵⁹ En la UE, por ejemplo, para la cuantificación inicial de la multa base, si la infracción cometida por la asociación empresarial es relativa a las actividades de sus socios, el valor de las ventas se corresponderá, generalmente, con la suma del valor de las ventas de cada uno de ellos (Comisión Europea, 2006b).
- Otras jurisdicciones utilizan la facturación de la asociación para el cálculo de la multa base.⁶⁰ En esta categoría, la base que se utiliza en la práctica como facturación varía entre jurisdicciones: por ejemplo, en Italia es el total de lo cobrado a los asociados; en el caso de Corea, se trata del presupuesto anual de la asociación en el último ejercicio fiscal en que se ha cometido la infracción.
- Otras jurisdicciones pueden optar por elegir entre la facturación de la asociación y la facturación de sus miembros.⁶¹ En los Países Bajos, por ejemplo, depende del grado de participación de los miembros en la infracción, así como de en qué medida su facturación se ve influida por la infracción cometida por la asociación (ICN, 2017).

63. El cobro a las asociaciones empresariales de estas multas también es un problema, ya que las asociaciones pueden disolverse fácilmente y constituirse de nuevo como persona jurídica distinta. Algunas jurisdicciones han introducido una disposición por la que, si la asociación sancionada es insolvente, deberá solicitar a sus socios las aportaciones necesarias para cubrir la multa.⁶²

4.2. Revisión judicial

64. Durante el procedimiento de revisión judicial, la decisión de la autoridad de competencia puede ser total o parcialmente anulada, y puede introducirse un ajuste en la cuantía de la multa. En la UE, por ejemplo, la cuantía de las multas impuestas a los infractores que se constituyen en cártel se redujeron en un 8,3% durante los procedimientos de recurso entre 1990 y marzo de 2019.⁶³

65. En algunas jurisdicciones, los recursos ante el poder judicial tienen efectos suspensivos, y la obligación de pagar la multa puede quedar en suspenso hasta que finaliza el procedimiento de revisión judicial. En este caso, el efecto disuasorio de las multas puede quedar debilitado, por lo que algunas jurisdicciones han adoptado medidas que ayuden a mantener la disuasión (OCDE, 2016a).

- En Brasil, el control judicial suspende el pago de la multa, a condición de que la empresa sancionada deposite el importe íntegro de la misma en una cuenta bancaria determinada (OCDE, 2016a).
- En Colombia, la empresa multada puede presentar ante el juzgado una fianza con el fin de garantizar el pago de la multa y, si se acepta dicha fianza, la multa quedará en suspenso hasta la resolución judicial final (OCDE, 2016a).

- En Ecuador, el artículo 67 de la Ley de Competencia establece que la obligación de abonar la multa no queda suspendida durante la revisión administrativa por parte de la autoridad de competencia (Superintendencia).⁶⁴ Sin embargo, el artículo 69 permite que quede en suspenso el pago durante la revisión judicial por los Tribunales Administrativos, siempre que la empresa sancionada presente el 50% de la cuantía de la multa en forma de póliza de seguro o de aval bancario.

4.3. Cobro de las multas

66. El efecto disuasorio de las multas puede quedar comprometido si otros potenciales infractores perciben que, en la práctica, las multas no se cobran. Sin embargo, algunas jurisdicciones experimentan dificultades para cobrar las multas por prácticas antimonopolísticas por las siguientes razones: (i) las empresas sancionadas recurren las resoluciones de las autoridades de competencia ante los tribunales, y aplazan si dificultad el pago de la multa; (ii) las empresas sancionadas pueden, entrando en liquidación, evitar el pago de la multa; y (iii) del cobro de las multas por prácticas antimonopolísticas no se encargan las propias autoridades de competencia, sino otros órganos administrativos (OCDE, 2016i), o bien se cobran por procedimiento judicial (OCDE, 2016a).

67. Algunas autoridades de competencia han adoptado medidas para que el cobro de las multas sea efectivo. En Colombia, por ejemplo, la autoridad de competencia (SIC) cuenta con una división especial, el *Grupo de Trabajo de Cobro Coactivo*, que se encarga de cobrar las multas. Si una multa sigue pendiente de pago tras su vencimiento, la SIC puede embargar activos financieros que se encuentren en bancos o en cuentas de corretaje, e igualmente puede subastar el activo material del deudor.⁶⁵ En Perú, el artículo 33 de la Ley de Competencia dispone que la multa aplicable puede ser reducida en un 25% si el infractor abona la cantidad antes de que se cumpla el plazo para recurrir la decisión de la autoridad de competencia (INDECOPI).

4.4. Acuerdos de admisión de culpabilidad

68. Los acuerdos de admisión de culpabilidad o sentencias de conformidad son mecanismos mediante los cuales las autoridades de competencia y las partes que se acogen a los mismos pueden mejorar la eficiencia del procedimiento.⁶⁶ Para las autoridades de competencia, estos acuerdos pueden ahorrar el tiempo y los recursos que, de otro modo, tendrían que invertirse en un procedimiento más completo. Además, la autoridad de competencia puede emplear los recursos así ahorrados para detectar e investigar las infracciones de otras empresas, con lo cual se gana en eficacia disuasoria.⁶⁷ Los acuerdos de admisión de culpabilidad reportan grandes ventajas también a los investigados: los que se acogen a este mecanismo no sólo pueden beneficiarse de una reducción de la multa,⁶⁸ sino también evitar una investigación ordinaria y un procedimiento judicial que, a menudo, es largo y costoso.

69. Es importante destacar que sólo un sistema de admisión de culpabilidad bien diseñado reportará los beneficios esperados en cuanto a eficacia y disipará las preocupaciones sobre el posible debilitamiento del efecto disuasorio (OCDE, 2008).

- En primer lugar, las normas sobre el procedimiento de acuerdo de admisión de culpabilidad y de recompensa deben ser transparentes, predecibles y constantes, a fin de estimular la disposición de los investigados a acogerse a este mecanismo. Para mejorar la transparencia, las autoridades de competencia o los tribunales deben establecer reglas y explicaciones claras sobre la discrecionalidad en la aplicación

de estas normas. Además, los investigados deben poder no solamente predecir cómo se les va a tratar si solicitan acogerse a estos acuerdos de admisión de culpabilidad y colaborar, sino que también deben poder evaluar los posibles beneficios que les reportará su admisión de culpabilidad.

- Segundo, y para conservar el efecto disuasorio de la aplicación de la normativa de competencia, las autoridades de competencia deben mantener un poder discrecional tal que les permita celebrar acuerdos de admisión de culpabilidad o retirarse de ellos. Asimismo, deben poder amenazar de manera creíble con las sanciones que se impondrían si decae el procedimiento de acuerdo de admisión de culpabilidad y el caso pasa a ser ordinario.
- En tercer lugar, especialmente en el caso de los cárteles, la política de acuerdos de admisión de culpabilidad no debe entrar en conflicto con los programas de medidas de gracia.⁶⁹ Es preciso valorar cuidadosamente las posibles reducciones de las multas en caso de acuerdo de admisión de culpabilidad teniendo en cuenta la rebaja que ofrecería una medida de gracia. Si el descuento que permite la admisión de la culpabilidad es demasiado generoso y elevado en comparación con la rebaja de la medida de gracia, los participantes en el cártel tendrán menos incentivo para solicitar estas medidas y cooperar en la investigación.

Cuadro 8. Acuerdos de admisión de culpabilidad en una selección de jurisdicciones

- En Brasil, los acuerdos de admisión de culpabilidad, que se conocen como acuerdos de cese y desistimiento, se utilizan con mucha frecuencia tanto para casos de cártel como para conductas anticompetitivas.⁷⁰ En los casos de cártel, las partes que se acogen a la admisión de culpabilidad deben: (i) reconocer su participación en el cártel; (ii) cesar su participación en la conducta; (iii) abonar una contribución económica; (iv) prestar una colaboración importante a la autoridad de competencia. En casos de cártel, se ofrecen descuentos de hasta el 50% a las partes que se acogen a estos acuerdos, dependiendo del momento en que se proponga y del lugar que ocupe la empresa entre los proponentes.⁷¹
- En Colombia, es posible cerrar una investigación cuando el presunto infractor aporta garantías suficientes de que va a cesar en la conducta investigada por la autoridad de competencia o la va a modificar.⁷² Una vez alcanzado un acuerdo, la autoridad, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), emite una orden por la que se acepta el compromiso y se cierra el expediente. Gracias al procedimiento del acuerdo de admisión de culpabilidad, es posible dar fin a las conductas anticompetitivas de un modo expeditivo y a bajo coste. Sin embargo, este tipo de acuerdos implica que no se imponen multas, por lo que el efecto disuasorio puede quedar limitado. Tras recibir numerosas críticas en el pasado por resolver casos graves de cártel mediante acuerdos de admisión de culpabilidad, la SIC ha rechazado, con fines disuasorios, acuerdos de este tipo en casos muy notorios de cárteles (OCDE, 2016j).

- En la UE, la Comisión recurre al procedimiento de acuerdo de admisión de culpabilidad para acelerar la adopción de una resolución en casos de cártel, cuando las partes admiten las alegaciones de la Comisión y, a cambio, se les concede una reducción del 10% en la multa. El elemento fundamental en el procedimiento de admisión de culpabilidad de la UE, frente al procedimiento antimonopolio ordinario, es que las empresas que se acogen aceptan reconocer su participación en el cártel y su responsabilidad en esa conducta. A cambio de ello, reciben una reducción del 10% en la multa. Este beneficio de reducción de la cuantía de la sanción es acumulable, en su caso, a la reducción derivada de los programas de medidas de gracia.⁷³
- En Perú, el artículo 26-A de la Ley de Competencia permite que a las empresas inspeccionadas que reconocen la infracción investigada se les aplique una reducción de hasta el 15% de la multa impuesta. Las características principales del acuerdo de admisión de culpabilidad son: (a) reconocimiento de la infracción; (b) pronta conclusión del procedimiento; y (c) reducción en la multa impuesta (OCDE, 2018a).
- En Estados Unidos, las sentencias de conformidad se utilizan para obtener colaboración a cambio de una reducción de las sanciones. Los acusados que no tienen derecho a una exención completa –que se concede únicamente al primer investigado que solicita este acuerdo y que se le admita en un programa de medidas de gracia– pero que ofrecen una colaboración oportuna y suficiente, pueden beneficiarse de una importante rebaja en la multa, según establece el régimen de sentencias de conformidad.⁷⁴

Cuadro 9. Recursos frente a las resoluciones en casos de acuerdo de admisión de culpabilidad en la UE

Si bien a las partes que se acogen a los acuerdos de admisión de culpabilidad se les exige que reconozcan su responsabilidad, en la UE⁷⁵ conservan su derecho a recurrir las resoluciones en estos casos. Hasta el momento, tres partes acogidas a este mecanismo han presentado recursos ante el Tribunal General de la UE.

- En 2014, *Société Générale*, parte acogida a un acuerdo de admisión de culpabilidad en el caso Euro Interest Rate Derivatives (EIRD), recurrió ante el Tribunal General la decisión de la Comisión relativa a esa admisión de culpabilidad. La parte sostenía que la Comisión Europea había cometido un error de cálculo con la cuantía de la multa, había incumplido con su deber de aportar una fundamentación y había incumplido el principio de igualdad de trato.⁷⁶ El 6 de abril de 2016, la Comisión modificó su decisión partiendo de las cifras económicas corregidas aportadas⁷⁷, y *Société Générale* retiró su recurso en febrero de 2016.
- En 2015, *Printeos* recurrió la decisión en el procedimiento de admisión de culpabilidad en el caso Paper Envelopes. Al igual que con *Société Générale*, *Printeos* alegó también que la Comisión había supuestamente incumplido los principios de proporcionalidad e igualdad de trato, y que no había cumplido su obligación de aportar una fundamentación a la hora de calcular la multa.⁷⁸ El 13 de diciembre de 2016, el Tribunal General anuló la multa impuesta a *Printeos*. Se trata de la primera ocasión en que una parte acogida a un acuerdo de admisión de culpabilidad ve prosperar su recurso a la correspondiente decisión.⁷⁹
- El 15 de diciembre de 2016, el Tribunal General de la UE ratificó las decisiones de la Comisión Europea en el caso *Smart Cards Chips*, en el cual la Comisión dio por concluidas las negociaciones encaminadas al acuerdo de admisión de culpabilidad por no registrarse avances, y volvió al procedimiento ordinario de infracción.⁸⁰

5. Conclusiones

70. En América Latina, se aplican con cada vez mayor frecuencia multas en casos de infracciones graves de las leyes de competencia nacionales. Imponer unas multas disuasorias que resulten proporcionadas a la infracción cometida contra las normas de competencia es uno de los principales objetivos de los regímenes sancionadores en lo que atañe a estas infracciones. Para lograr un efecto disuasorio frente a las actividades ilegales, la cuantía de estas multas se establece teniendo en cuenta tanto los beneficios que se espera obtener de la actividad como la probabilidad de detección. Sin embargo, es difícil analizar en cada caso exactamente qué sobrepresos medios aplica el cártel y cuál es la probabilidad de detección. De ciertas investigaciones se deduce que imponer a los infractores una multa del 10% de los beneficios obtenidos con los productos afectados y una duración limitada, puede resultar inadecuado para desincentivar la formación de cárteles. Otras investigaciones sugieren que, situándose en un rango del 10% de los ingresos, las multas son suficientemente disuasorias (OCDE, 2013a).

71. Aunque las multas pueden ser un eficaz mecanismo disuasorio, en una cuantía excesiva pueden comprometer la competencia en el mercado. Pueden perjudicar a los accionistas, a los obligacionistas y a los demás acreedores de la empresa infractora, o a sus empleados, si el pago de la sanción económica conlleva un expediente de regulación de empleo dirigido a limitar costes, incluso si ninguna de las personas anteriores es conocedora de la actividad ilegal ni ha contribuido a ella. Además, los consumidores pueden resultar perjudicados si la cuantía de la multa se les repercute en forma de subida de los precios (Ioannis, L., et al., 2014).

72. Este documento expone la creciente importancia de las multas para el cumplimiento de las normas de competencia, así como que los regímenes sancionadores de distintas partes del mundo comparten muchas características comunes. Normalmente, para imponer una multa se sigue un proceso en cuatro fases: (i) cálculo de la multa base; (ii) ajuste de la multa base teniendo en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes; (iii) ajustes adicionales; y (iv) aplicación, en su caso, de los programas de medidas de gracia y de inmunidad.

- Muchas jurisdicciones recurren, como indicadores sustitutos para calcular la multa base, a conceptos relativos a la facturación obtenida por la sociedad. Algunas jurisdicciones utilizan la facturación global, mientras que otras recurren al concepto de facturación específica, o valor del comercio afectado por la infracción a lo largo de la duración de la misma.
- La mayoría de jurisdicciones tienen en cuenta la duración de la infracción, con independencia de qué concepto y definición de “duración” tenga cada una.
- Las jurisdicciones tienen en cuenta la gravedad de la conducta, y para ello aumentan la multa en un porcentaje que se eleva en función de la facturación específica.
- La multa base puede aumentar o disminuir al aplicarse circunstancias agravantes o atenuantes. Las atenuantes son, entre otras, el grado de participación en la infracción; la colaboración con las autoridades investigadoras; la participación bajo coacción; la admisión de responsabilidad; y otras. Entre las circunstancias agravantes se incluyen: un papel principal, o de estímulo o coacción, entre los participantes; la obstrucción a la investigación; la participación consciente y deliberada en la infracción; y otras.
- La mayoría de jurisdicciones han establecido límites legales a las multas con las que sancionan las infracciones de la normativa de competencia, y estos límites tienen como objetivo asegurar el principio de proporcionalidad y evitar que se reduzca la competencia. También se tiene en cuenta, a la hora de determinar la cuantía de la multa, la capacidad de pago.
- La mayoría de jurisdicciones establecen límites legales a las multas con las que sancionan las infracciones de la normativa de competencia, que se aplican cuando la cantidad final de la multa alcanza un máximo determinado.

73. A pesar de las diferencias, es comúnmente aceptado que la aprobación y publicación de unas directrices que recojan la metodología empleada en una jurisdicción para el cálculo de las multas, aporta efectos positivos de diferentes formas. Estas directrices disuaden a las empresas de involucrarse en conductas anticompetitivas si son conscientes de que el coste esperado de participar en las mismas excede los posibles beneficios. Además, las directrices sobre las multas pueden contribuir a una mayor transparencia y consistencia, lo que permitirá a las autoridades implantar una política de sanciones capaz de aguantar las presiones en favor de tratos especiales en ciertos casos concretos. Además,

las directrices facilitan a los destinatarios de las multas comprender por qué la sanción tiene esa cuantía, con lo que posiblemente se reduce el número de recursos y se promueve la conformidad con las normas de competencia. Por último, el principio “*nullum crimen et nulla poena sine lege*” nos recuerda que debe existir una disposición legal que establezca e imponga un castigo concreto a los infractores, en aquellos casos en que se determine que su conducta es delictiva (OCDE, 2016a).

Notas finales

¹ Por multas se entienden las sanciones por cuestiones sustanciales, y no por infracciones de naturaleza procesal.

² Los autores no han encontrado pruebas de que exista una base de datos análoga de multas por abuso de posición dominante, aunque últimamente se han impuesto multas récord en la UE, por ejemplo.

³ La base de datos interna OCDE Compstats hace un seguimiento de las multas a los cárteles por propia iniciativa. La muestra correspondiente al trienio 2015-2017 era de 43 países: Australia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Chile, Colombia, República Checa, Croacia, Dinamarca, Estonia, Francia, Alemania, Hungría, Islandia, India, Indonesia, Israel, Italia, Japón, Corea, Letonia, Lituania, Países Bajos, Noruega, Nueva Zelanda, Perú, Polonia, Rumania, España, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, Reino Unido, Estados Unidos y la UE. Actualmente, la base de datos no está disponible al público.

⁴ Estadísticas de la UE en materia de cárteles, disponibles en: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>. Cifras actualizadas a 16 de mayo de 2019.

⁵ Estadísticas de la UE en materia de cárteles, disponibles en: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf> 4 de julio de 2019.

⁶ Base de datos interna OCDE Compstats.

⁷ El sobreprecio de los cárteles es la diferencia entre el precio que aplica el cártel y el precio en el caso “contrafáctico”, esto es, el que habría en ausencia de cártel.

⁸ Las metodologías de cálculo de multas las recoge el artículo 55 b). El texto español de la nueva ley de competencia está disponible en : <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/183602>.

⁹ Véase (2017)

¹⁰ Íd.

¹¹ Véase, en <https://www.competitionpolicyinternational.com/abuse-of-dominance-why-fine/>, un análisis sobre las multas de abuso de posición dominante en Canadá: “Buscar exclusivamente un fin disuasorio fue impuesto encarada por consideraciones constitucionales; si las autoridades económico-administrativas pretenden imponer una sanción, es necesario que se garantice al acusado su derecho a un juicio justo (incluida la obligatoriedad de demostrar más allá de toda duda razonable el abuso de posición dominante). Véase *R v Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541.

¹² Diversas jurisdicciones, incluidas algunas de países latinoamericanos, como Brasil, Chile, Colombia, México y Perú, pueden imponer multas a las personas físicas que participan en infracciones de las normas de competencia. Según un estudio realizado por el ICN, 23 de un total de 33 jurisdicciones respondieron que las personas físicas responsables de infracciones de las leyes de competencia pueden ser castigadas con multas administrativas o del orden penal. Multar a las personas físicas puede incrementar el efecto disuasorio general de este tipo de sanciones. Sin embargo, es difícil encontrar entre estas jurisdicciones posibles rasgos comunes en sus criterios de cálculo de las multas a las personas físicas. Por ello, en este documento de base tratamos únicamente las metodologías de cálculo de multas dirigidas a las empresas, y se excluye lo relativo a las personas físicas.

¹³ Según un estudio realizado por el ICN, 26 de las 33 jurisdicciones respondieron que utilizan la facturación específica, o valor del comercio afectado, para realizar la cuantificación inicial de la multa: Australia, Austria, Brasil, Bulgaria, Canadá, la UE, Finlandia, Alemania (conceptos utilizados por el Bundeskartellamt de acuerdo con sus directrices de cálculo de multas), Grecia,

Hungría, Irlanda, Italia, Japón, Corea, Lituania, Malasia, los Países Bajos, Noruega, Polonia, Rusia, Singapur, España, Suecia, Suiza, Turquía y EEUU. Véase ICN (2017), p.20.

¹⁴ Comisión Europea (2006), aptdo. 13.

¹⁵ Manual Federal de Directrices de Cálculo de Penas §2R1.1.(b)(2). Cuando son varios los cargos por infracción, el volumen de comercio debe considerarse conjuntamente y establecer un nivel delictivo único y combinado.

¹⁶ Para más información, véase OCDE (2016a), p.11.

¹⁷ El porcentaje es entre el 2% y el 4% en el caso de los cárteles y entre el 0,5% y el 3% para otras infracciones. Véase OCDE (2016a), p.12.

¹⁸ A menudo, esto puede suponer que no se tengan en cuenta los beneficios ilegales y el perjuicio al consumidor causados por la infracción, y que se impongan, a empresas que han participado en conductas anticompetitivas durante años, multas menores que a las empresas cuya conducta anticompetitiva solo ha durado meses. Véase OCDE (2019), p. 112.

¹⁹ Sin embargo, existe un límite a la duración del período considerado en algunas jurisdicciones: Japón sólo tiene en cuenta un máximo de tres años a efectos de la duración de la infracción; en los Países Bajos, el máximo de años a tener en cuenta es cuatro; y Suiza considera los tres ejercicios financieros anteriores para determinar la multa base. Cabe destacar que, en este último país, la duración de la conducta se considera como factor agravante adicional una vez determinada la multa base: si la infracción de las normas de competencia se ha prolongado entre uno y cinco años, la cantidad base se elevará hasta en un 50%; si la infracción dura más de cinco años, la cantidad base se incrementará en un 10% más por cada año adicional (Ordenanza sobre Sanciones en caso de Restricción Ilegal de la Competencia, artículo 4) <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20040326/index.html>.

²⁰ Sin embargo, algunas jurisdicciones de esta categoría establecen el límite máximo que debe emplearse. En los Países Bajos, por ejemplo, el máximo es cuatro años. ICN (2017), p.26; OCDE (2016d); OCDE (2016), “Informe Anual sobre Novedades en Materia de Política de Competencia en los Países Bajos – 2015 –”, p. 5.

²¹ Para diferenciar esta categoría de la anterior, pensemos en el ejemplo de una infracción de tres años de duración, en la cual los ingresos por las ventas del primer año han sido de 50 millones de USD, los del segundo año ascienden a 60 millones de USD, y los del tercer año (el inmediato anterior a la resolución) son de 40 millones de USD. En esta categoría, la cuantificación inicial es 120 millones de USD (40 millones de USD × 3 años), que es distinta de la cuantificación inicial según la categoría anterior (50 + 60 + 40 millones de USD = 150 millones de USD). Las jurisdicciones de esta categoría tienen más fácil demostrar que las de la otra categoría la fecha inicial y fecha final exactas de la infracción.

²² Sin embargo, algunas jurisdicciones no tienen en cuenta la gravedad de la conducta delictiva a la hora de establecer la multa base. Por ejemplo, en Japón, la multa base depende del tipo de conducta y del negocio al que se dedica la sociedad infractora, así como de las dimensiones de la propia sociedad.

²³ Por ejemplo, un incremento en el precio de mercado, un descenso en la oferta al mercado y un efecto anticompetitivo.

²⁴ Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), artículo 127.

²⁵ Véase Manual de Directrices de la Comisión de Establecimiento de Penas de Estados Unidos de 2018, disponible en <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>

²⁶ Aunque no existe una limitación temporal predeterminada en las Directrices de Cálculo de Multas de 2006, los tribunales de la UE tienen en cuenta el principio de proporcionalidad, y requieren que se tenga en cuenta, para valorar la tendencia de una empresa a infringir las normas de competencia

de la UE, el transcurso de un cierto periodo entre la infracción sancionada y cualquier infracción anterior. Véase *Lafarge* (Caso C-413/08 P *Lafarge SA v Comisión Europea* [2010] ECR I-5361) y *Groupe Danone* (Case T-38/02 *Groupe Danone v Comisión Europea* [2005] ECR II-4407, en recurso: Caso C-3/06 P [2007] ECR I-1331).

²⁷ En 2017, la autoridad coreana de competencia (KFTC) revisó sus Directrices de Imposición de Sanciones Económicas para elevar las multas a los infractores reincidentes. La KFTC prolongó el periodo máximo entre infracciones de 3 años a 5 años, el incremento también el porcentaje máximo, que pasó del 50% al 80%. Si la empresa ha cometido otra infracción de los últimos 5 años, la multa base se incrementará en un mínimo del 10%, pero siempre menos del 20%; si ha cometido dos infracciones en ese mismo período, la multa base se verá incrementada en un mínimo del 20%, pero siempre menos del 40%; en el caso de tres infracciones, la multa base se verá aumentada en un mínimo del 40% pero siempre menos del 60%; por último, si se han cometido cuatro infracciones, la multa base se verá incrementada como mínimo en el 60%, pero siempre menos del 80%.

²⁸ El grado de culpabilidad se eleva en un punto si la infracción anterior se ha cometido más de cinco pero menos de diez años antes, y en dos puntos si la infracción anterior se ha producido en los últimos cinco años. Véase Manual de Directrices de la Comisión de Establecimiento de Penas de Estados Unidos de 2018 §8C2.5.

²⁹ El grado de culpabilidad se eleva en un. Si la infracción anterior se ha cometido más de cinco pero menos de 10 años antes, y en dos puntos si la infracción anterior se ha producido en los últimos cinco años. Véase Manual de Directrices de la Comisión de Establecimiento de Penas de Estados Unidos de 2018 §8C2.5.

³⁰ Véase el artículo 26 c) de la ley de competencia de Chile (DL 211).

³¹ Las Directrices Federales de Establecimiento de Penas rebajan el grado de culpabilidad en cinco puntos si la organización informa del delito a la autoridad competente, presta una colaboración plena en la investigación, y demuestra claramente que acepta la responsabilidad de su conducta. Si la propia organización no denuncia, pero colabora plenamente en la investigación y demuestra con claridad que admite la responsabilidad de su conducta, el grado de culpabilidad será de dos puntos menos. Por último, si la propia organización no denuncia ni coopera, pero demuestra con claridad que admite la responsabilidad de su conducta, el grado de culpabilidad se rebajará en un punto. Véase el Manual de Directrices de la Comisión de Establecimiento de Penas de Estados Unidos de 2018 §8C2.5.

³² Sin embargo, si se ha concedido al infractor inmunidad plena o una reducción de la multa en el marco de un programa de medidas de gracia, no se concederá la reducción de la multa por colaboración. Véanse las Directrices de Imposición de Sanciones Económicas Administrativas §IV.3.C.(3).

³³ Artículo 7 del Reglamento sobre Multas en casos de Acuerdos, Prácticas Concertadas y Decisiones Limitativas de la Competencia, y Abuso de Posición Dominante, disponible en <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/regulations/2-pdf>.

³⁴ Según un estudio de la ICN, nueve de las 33 jurisdicciones que respondieron tienen en cuenta, como factor atenuante, que la empresa cuente con un programa de cumplimiento.

³⁵ Véanse las Directrices sobre Programas de Cumplimiento en Materia de Competencia §3.3.4., disponibles en <http://en.cade.gov.br/topics/publications/directrices/compliance-guidelines-final-version.pdf>.

³⁶ En 2012, la autoridad de competencia chilena (FNE) publicó las Directrices sobre Programas de Cumplimiento en Materia de Leyes de Competencia. Las Directrices establecen cuatro requisitos esenciales, que son características reconocidas en esta materia: (i) un compromiso auténtico de cumplimiento de la normativa de competencia; (ii) la identificación de los riesgos actuales y potenciales a que se enfrenta la empresa; (iii) los mecanismos y procedimientos internos necesarios para dar cumplimiento a ese compromiso; y (iv) la participación de los consejeros y/u otros directivos en el programa de cumplimiento.

³⁷ Véase el Manual de Directrices de la Comisión de Establecimiento de Penas de Estados Unidos de 2018 §8B2.1.

³⁸ En 2015, por ejemplo, el DOJ concedió reducciones en las multas en dos casos (*Barclays PLC*, en el caso de cambio de moneda extranjera, y *Kayaba*, en la investigación sobre piezas de automóvil), al tener en cuenta los esfuerzos de los acusados por actuar conforme a la ley.

³⁹ Las Directrices establecen la presunción, si bien *iuris tantum*, de que una empresa no cuenta con un programa efectivo de cumplimiento si una persona física dotada de importantes facultades participa en la infracción [Véase §8C2.5(f)(3)(b)]. En la mayoría de los expedientes antimonopolio, estas personas tienen una participación activa en la actividad ilegal.

⁴⁰ Véanse comentarios expresados por el Fiscal General Adjunto Makan Delrahim en el programa sobre Cumplimiento Normativo Corporativo de la Facultad de Derecho de la New York University, el 11 de julio de 2019, disponible en <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-new-york-university-school-l-0>. El DOJ publicó, en esa misma fecha, su Evaluación de los Programas de Cumplimiento Normativo Corporativo en Investigaciones Penales Antimonopolísticas, disponible en <https://www.justice.gov/atr/page/file/1181891/download>.

⁴¹ Si la participación del acusado en cualquier actividad delictiva es limitada, su grado de culpabilidad se rebaja en 4 puntos. Si la participación del acusado en cualquier actividad delictiva es menor, se rebaja en 2 puntos. En los casos comprendidos entre uno y otro supuesto, se rebaja en 3 puntos (Manual de Directrices de la Comisión de Establecimiento de Penas de Estados Unidos de 2018 §3B1.2.). En 2018 se publicó el Manual Básico sobre Aplicación de Agravantes y Atenuantes en Función del Papel Desempeñado, disponible en <https://www.uscc.gov/guidelines/primers/aggravating-and-mitigating-role-adjustments>.

⁴² Las disposiciones normativas de la Ley Federal de Competencia Económica (FECL) de México establecen los criterios generales para el cálculo de las multas. En el artículo 181, se dispone que, para valorar el perjuicio causado por un quebranto de la FECL, la autoridad de competencia (COFECE) puede tener en cuenta la situación del mercado que habría existido en ausencia de la conducta ilícita. El cese de la conducta infractora es uno de los factores que se tienen en cuenta para evaluar la situación del mercado.

⁴³ Ley Antimonopolio 7-2 (6).

⁴⁴ Una multa elevada puede suponer la quiebra para el infractor, lo que a su vez puede provocar una reducción del número de competidores en activo en ese mercado.

⁴⁵ Por ejemplo, Estados Unidos utiliza el valor de comercio afectado por las infracciones, y no la facturación.

⁴⁶ *Íd.*

⁴⁷ Esta cuestión de la responsabilidad de la sociedad matriz tiene unos efectos potencialmente muy importantes sobre las metodologías de cálculo de multas, no sólo en lo que afecta al límite máximo de las mismas, sino a la hora de determinar si existe reincidencia; por ello, se analizará en profundidad en otro capítulo.

⁴⁸ El artículo 63.1 de la LDC dispone lo siguiente:

1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a) Las infracciones leves con multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b) Las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros.

⁴⁹ Véase el Manual Federal de Directrices de Establecimiento de Penas §8C3.3.

⁵⁰ En Brasil, los beneficios de los programas de medidas de gracia se conceden sólo al primer solicitante que tenga derecho a acogerse en relación con la infracción denunciada, si ésta se está investigando. A todos los demás participantes en la infracción anticompetitiva se les permite colaborar con el CADE a través de otro tipo de acuerdos: los de cese y desistimiento.

⁵¹ Alexandre Barreto de Souza, “Programa brasileño de medidas de gracia: quince años desde su puesta en marcha” – Aportación a GCR (Global Competition Review), 7 de febrero de 2019, disponible en <https://globalcompetitionreview.com/article/1180067/brazil%E2%80%99s-leniency-programme-%E2%80%93-15-years-in-effect>. Alexandre Barreto de Souza es presidente del CADE desde 2017.

⁵² Versión en inglés disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/1981946/Leniency+Program+Guidelines+%E2%80%93+Peru+Indecopi/f2f8506a-90d0-3657-56b2-b3e6799ec274>.

⁵³ La mayoría de jurisdicciones pueden imponer también multas a las personas físicas que participan en la infracción de la normativa de competencia. De acuerdo con un estudio de la ICN, 23 de las 33 jurisdicciones respondieron que imponen multas antimonopolísticas a personas físicas (véase ICN, 2017), p.22.

⁵⁴ De acuerdo con un estudio de la ICN, 19 de las 33 jurisdicciones encuestadas adoptan, aunque con diferentes interpretaciones y aplicaciones, este enfoque: Australia, Austria, Brasil, Bulgaria, Colombia, la Unión Europea, Finlandia, Grecia, Italia, Lituania, Malasia, México, los Países Bajos, Noruega, Rusia, España, Suecia, Suiza y Turquía (ICN, 2017 p.13). Ecuador aplica también este enfoque. Véase el artículo 79 de la ley de competencia de Ecuador; la versión en español está disponible también en <http://www.scpm.gob.ec/images/marco-legal/LEY-Y-RLORCPM.pdf>.

⁵⁵ Véase el Dictamen del Abogado General MAZÁK en el caso C-90/09 P *General Química y Otros v Comisión Europea*, aptdo. 64. Recientemente, el Tribunal de Justicia de la UE emitió una sentencia según la cual las sociedades matrices pueden ser responsables del perjuicio ocasionado por las infracciones anticompetitivas cometidas por sus filiales, si la matriz (que debe ser titular de todas las acciones de la filial) liquidar dicha filial pero continúa su actividad económica. (Véase caso C-724/17 *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy, Asphaltmix Oy* [2019].)

⁵⁶ CFI, 12.12.2007, *Akzo Nobel NV et al./Comisión*, Caso T-112/05, ECR 2007, II-5049, nota 58; la decisión fue ratificada por el TJUE el 10 de septiembre de 2009, Caso C-97/08 P.

⁵⁷ Desde el caso *Akzo Nobel*, nunca se ha invertido esta presunción en los tribunales de la UE; es más, los órganos judiciales de la Unión han ido más lejos. En primer lugar, la titularidad de la filial por parte de la sociedad matriz no tiene por qué ser directa: basta con la titularidad indirecta a través de una empresa intermediaria. En segundo lugar, no es necesaria la titularidad plena: puede existir la presunción incluso si el número de acciones que posee la sociedad matriz no alcanza el 100% (Kalintiri, 2018).

⁵⁸ De acuerdo con el análisis realizado por la ICN, la mitad de las 33 jurisdicciones encuestadas imponen multas a las asociaciones empresariales: Austria, Brasil, Bulgaria, Canadá, El Salvador, Estonia, la UE, Finlandia, Grecia, Hungría, Italia, Corea, México, Noruega, Rusia, Singapur, Suiza y Turquía (ICN, 2017 p.14).

⁵⁹ Por ejemplo, Australia, la UE, Hungría, Japón, Malasia, Noruega y España (ICN, 2017, p.22).

⁶⁰ Por ejemplo, se encuentran en esta categoría Brasil, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Alemania, Lituania, Polonia, Sudáfrica, Suecia y Zambia (ICN, 2017 p.23). Corea también puede quedar incluida en esta categoría.

⁶¹ Por ejemplo, Grecia, los Países Bajos, Singapur y Turquía.

⁶² Véase el Reglamento del Consejo de la UE n° 1/2003, artículo 23: “Cuando se imponga una multa a una asociación de empresas tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros y ésta no sea solvente, la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa. En caso de que no se aporten dichas contribuciones a la asociación dentro del plazo fijado por la Comisión, la Comisión podrá exigir el pago de la multa directamente a cualquiera de las empresas cuyos representantes sean miembros de los órganos de gobierno de que se trate dentro de la asociación de que se trate.”

⁶³ Entre 1990 y el 5 de marzo de 2019, la Comisión Europea impuso multas por un valor total de 28.800 millones de EUR por infracciones en materia de cárteles, que fueron reducidas a 26.400 millones de EUR tras las decisiones de los tribunales. Véanse las estadísticas sobre cárteles de la Comisión Europea, disponibles en <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

⁶⁴ La versión en español de la ley de competencia de Ecuador también está disponible en <http://www.scpm.gob.ec/images/marco-legal/LEY-Y-RLORCPM.pdf>.

⁶⁵ Entre 2008 y 2014, la SIC impuso multas por un total de 297.830 millones de COP (1.252 millones de USD), cantidad de la que se logró cobrar el 48% (146.410 millones de COP, o alrededor de 615.710 millones de USD) (OCDE, 2016j, p. 63).

⁶⁶ De acuerdo con el estudio realizado por la ICN en 2017, 19 de los 33 organismos de competencia entrevistados indicaron que utilizan procedimientos de admisión de culpa en casos de cártel, bien directamente o a través de las alegaciones ante los tribunales: Australia, Austria, Brasil, Canadá, Colombia, Estonia, la Unión Europea, Alemania, Grecia, Hungría, Israel, los Países Bajos, Noruega, Polonia, Sudáfrica, Suecia, Suiza, EEUU y Zambia (ICN, 2017, p.51).

⁶⁷ Asimismo, en los sistemas en los que no todos los acusados se acogen a la admisión de culpabilidad (la llamada “Admisión de Culpabilidad Híbrida”), estos acuerdos pueden utilizarse como herramienta para facilitar la investigación contra las demás partes del cártel, haciendo de la colaboración un elemento obligatorio para el acuerdo en marcha.

⁶⁸ La cuantía de la rebaja en las multas a las partes que se acogen a la admisión de culpabilidad varía entre jurisdicciones. Por ejemplo, en la UE es el 10%, frente al 15% de Grecia, el 30% de Hungría y el máximo del 50%, aplicable en Brasil (ICN, 2017, p. 51).

⁶⁹ Aunque en la mayoría de jurisdicciones los programas de admisión de culpabilidad y medidas de gracia no son mutuamente excluyentes, lo cierto es que sus objetivos son distintos: las medidas de gracia son una herramienta de la investigación destinada a descubrir información sobre el cártel, mientras que la admisión de culpabilidad se emplea para mejorar la eficiencia procesal.

⁷⁰ En Brasil, el procedimiento de admisión de culpabilidad se aplica tanto en casos de abuso de posición dominante como a los cárteles. Sin embargo, existen algunas diferencias entre unos supuestos y otros: (i) el hecho de que se presente una propuesta de admisión de culpabilidad no implica el reconocimiento de los hechos ni de la ilicitud de la conducta investigada; (ii) no es necesario ofrecer una aportación económica al Fondo de Derechos Difusos. Véase (OCDE, 2019 p. 81).

⁷¹ Si la propuesta de admisión de culpabilidad se presenta mientras el expediente todavía está en manos de la Superintendencia General, se aplican cuatro rebajas predeterminadas en las aportaciones económicas. El primer acusado en una investigación de cártel que firma un acuerdo de admisión de culpabilidad recibirá una rebaja de entre el 30% y el 50% de la multa aplicable; al segundo se le aplicará una rebaja de entre 25% y el 40%; a partir del tercer acusado en adelante, la rebaja no podrá exceder del 25% de la multa aplicable. Las propuestas de admisión de culpabilidad presentadas tras la conclusión de la investigación por la Superintendencia General y la elevación del expediente al Tribunal serán recompensadas por reducciones no superiores a 15%.

⁷² El supuesto infractor debe exponer sus condiciones para una admisión de culpabilidad antes de que se cumpla el plazo de 20 días para la presentación de pruebas. Esta condición fue introducida en la ley colombiana de competencia en 2009, mediante la aprobación de la Ley 1340. Con anterioridad, el supuesto infractor podía presentar una oferta de admisión de culpabilidad en cualquier momento.

⁷³ Para más información, véase la página en Internet de la Comisión Europea: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/settlements_en.html

⁷⁴ Véase Scott D. Hammond, The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All, discurso anterior a la celebración del Comité de Competencia de la OCDE, Grupo de Trabajo nº 3 (17 de octubre de 2006), disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>.

⁷⁵ El derecho a unas medidas legales eficaces y a un proceso equitativo lo garantizan el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

⁷⁶ Caso T-98/14 - *Société Générale v Commission*, DO C 142/36, 12.5.2014. Puesto que *Société Générale* ya había reconocido su responsabilidad durante el procedimiento de admisión de culpa, no recurrió lo relativo a los hechos sustanciales ni la valoración jurídica de la Comisión.

⁷⁷ Orden del Presidente en el Caso T-98/14 - *Société Générale v Comisión*, DO C 136/44, 18.4.2016.

⁷⁸ Aplicación en el Caso T-95/15 – *Printeos y Otros v Comisión*, DO C 127/36, 20.4.2015. Al igual que en el recurso de *Société Générale*, *Printeos* no negaba su participación en el cártel.

⁷⁹ Caso T-95/15 *Printeos v Comisión*, sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2016.

⁸⁰ Casos T-758/14 *Infineon Technologies AG v Comisión* y T-762/14 *Koninklijke Philips NV y Philips France v Comisión*, sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016. Véase Laina, F. y A. Bogdanov (2017) para más información.

Referencias

- Aghion, P.; R. Blundell; R. Griffith, P. Howitt and S. Prantl (2009), “The Effects of Entry on Incumbent Innovation and Productivity”, *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 91(1), <https://www.mitpressjournals.org/doi/pdfplus/10.1162/rest.91.1.20>.
- Billard, O. and G. Fabre (2018), “Inability to pay the Fines Imposed by the European Commission in Cartel Proceedings: How to navigate the Maze?”, *Concurrences Review* N° 1-2018, Art. N° 85696, pp. 232-240, <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-1-2018/pratiques/inability-to-pay-the-fines-imposed-by-the-european-commission-in-cartel-85696>.
- Boyer, M., A.C. Faye R. Kotchoni (2017), “Challenges and Pitfalls in Cartel Policy and Fining” *CIRANO Working Papers* 2017s-20, CIRANO, <http://www.cirano.qc.ca/files/publications/2017s-20.pdf>.
- Connor, John M. (2016), “The Rise of Anti-Cartel Enforcement in Africa, Asia, and Latin America”, American Antitrust Institute, Purdue University, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2711972.
- European Union Cartel Statistics available at: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.
- European Commission (2006a), “Fines for Breaking EU Competition Law”, http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_en.pdf.
- European Commission (2006b), *Guidelines on the method of setting fines*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l26118&from=EN>.
- Jackson, J. et al. (2012), “Why do People Comply with the Law?: Legitimacy and the Influence of Legal Institutions”, *British Journal of Criminology*, Vol. 52/6, pp. 1051-1071, <http://dx.doi.org/10.1093/bjc/azs032>.
- International Competition Network (2017), “Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions”, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>.
- Kalintiri, A. (2018), “Revisiting parental liability in EU competition law” *European Law Review*, http://eprints.lse.ac.uk/87251/1/Kalintiri_%20Revisiting%20parental%20liability_2018_asuthor.pdf.
- KFTC (2017), *Public notice of detailed guidelines for imposing administrative monetary penalties*, pp. 14-16, http://www.ftc.go.kr/solution/skin/doc.html?fn=44b2fedb9a3d06a5c73ad6a5689e74087376def4f95c299bd7aebb5c7a7cfa5e&rs=/fileupload/data/result/BBSMSTR_000000002411/.
- Ioannis, L., et al. (2014), “An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: A Comparative Analysis”, *CLES Research Paper No. 3/2014*, <https://ssrn.com/abstract=2542991>.
- Laina, F. and A. Bogdanov (2017), “The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 8(5), <https://academic.oup.com/jeclap/article/8/5/333/3073492>.
- OECD (2008), “Plea Bargaining and the Settlement of Cartel Cases”, *OECD Policy Brief*, <http://www.oecd.org/regreform/sectors/41255395.pdf>.

- OECD (2013a), “[Criteria for Setting Fines for Competition Law Infringements](#) – Background note by the Secretariat”, *OECD-IADB Latin American and Caribbean Competition Forum*, DAF/COMP/LACF(2013)4/REV1.
- OECD (2013b), “[Criteria for Setting Fines for Competition Law Infringements](#), Contribution from Chile”, DAF/COMP/LACF(2013)13.
- OECD (2015), “[Competition and the Use of Markers in Leniency Programmes](#) – Issues Paper by the Secretariat”, DAF/COMP/WP3(2014)9.
- OECD (2016a) “[Sanctions in Antitrust Cases](#), Background paper by the Secretariat”, *OECD Global Forum on Competition* DAF/COMP/GF(2016)6.
- OECD (2016b), “[Sanctions in Antitrust Cases](#), Contribution from Portugal”, *OECD Global Forum on Competition* DAF/COMP/GF/WD(2016)36.
- OECD (2016c) “[Sanctions in Antitrust Cases](#), Contribution from Peru” *OECD Global Forum on Competition* DAF/COMP/GF/WD(2016)68.
- OECD (2016d) “[Sanctions in Antitrust Cases](#), Contribution from Netherlands” *OECD Global Forum on Competition* DAF/COMP/GF/WD(2016)33.
- OECD (2016e) “[Sanctions in Antitrust Cases](#), Contribution from Japan”, *OECD Global Forum on Competition* DAF/COMP/GF/WD(2016)24.
- OECD (2016f) “[Sanctions in Antitrust Cases](#), Contribution from Mexico”, *OECD Global Forum on Competition* DAF/COMP/GF/WD(2016)30.
- OECD (2016g) “[Sanctions in Antitrust Cases](#), Contribution from Spain”, *OECD Global Forum on Competition* DAF/COMP/GF/WD(2016)73.
- OECD (2016h) “[Sanctions in Antitrust Cases](#), Contribution from the United States”, *OECD Global Forum on Competition* DAF/COMP/GF/WD(2016)72.
- OECD (2016i) “[Sanctions in Antitrust Cases](#), Contribution from Turkey”, *OECD Global Forum on Competition* DAF/COMP/GF/WD(2016)78.
- OECD (2016j) “Colombia: Assessment of Competition Law and Policy”, <http://www.oecd.org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>
- OECD (2016k) “[Sanctions in Antitrust Cases](#), Contribution from Costa Rica”, *OECD Global Forum on Competition* DAF/COMP/GF/WD(2016)12.
- OECD (2016l), “[Annual Report on Competition Policy Developments](#) in the Netherlands - 2015” DAF/COMP/AR(2017)37.
- OECD (2017) “[Cartels: Estimation of Harm in Public Enforcement Actions](#) - Contribution from Chile” *OECD-IADB Latin American and Caribbean Competition Forum* DAF/COMP/LACF(2017)38.
- OECD (2018a), “OECD-IDB Peer Reviews of Competition Law and Policy: Peru”, <http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-idb-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-peru-2018.htm>.
- OECD (2018b), “Pecuniary Penalties for Competition Law Infringements in Australia”, <http://www.oecd.org/competition/pecuniary-penalties-competition-law-infringements-australia-2018.htm>.

- OECD (2018c), “[Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes](#), Contribution from Colombia” DAF/COMP/WP3/WD(2018)14.
- OECD (2018d), “[Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes](#), Contribution from Mexico” DAF/COMP/WP3/WD(2018)9.
- OECD (2019), “OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil”, <http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>.
- Othuijse, A. (2017), “The Effectiveness of Dutch Cartel Fines Analysed on the Basis of the Judgments of the Two Specialised Dutch Courts”, *SSRN Electronic Journal*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2989941>.
- Smuda, F. (2012), “Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law”, *ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper*, No. 12-050, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2118566.
- Ulrich, F., (2018), “The Effects of EU Cartel Fines on Firm Performance, Dividend Policy and Management Compensation”, Technical University of Munich, https://www.researchgate.net/publication/327915425_The_Effects_of_EU_Cartel_Fines_on_Firm_Performance_Dividend_Policy_and_Management_Compensation.
- United States Sentencing Commission (2018), *Guidelines Manual*, <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>.
- Wils, W. (2008), “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, in *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, <http://dx.doi.org/10.5040/9781472560193.ch-003>.
- Wils, W. (2012), “Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 35(1), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1957088.