

No clasificado

Español - o Inglés

15 September 2021

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

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version)  
FOROLATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión I: Programas  
decumplimiento y defensa de la competencia**

– Contribución de los Estados Unidos–

**20-22 de septiembre de 2021**

El documento adjunto de los Estados Unidos se distribuye en el Foro Latinoamericano y del Caribe de la Competencia PARA DEBATE en el marco de la Sesión I de su próxima reunión que se celebrará del 20 al 22 de septiembre de 2021, a través de una reunión virtual de Zoom.

Sra. Lynn Robertson, Experta en Competencia, división de Competencia de la OCDE,  
Lynn.Robertson@oecd.org.

**JT03480966**

## Sesión I: Programas de cumplimiento y defensa de la competencia

### – Contribución de los Estados Unidos<sup>1</sup> –

#### 1. Introducción

1. La División Antitrust del Departamento de Justicia de Estados Unidos persigue penalmente a las empresas e individuos que participen en los acuerdos de cárteles duros. La aplicación de la ley penal es un fuerte elemento disuasorio de la actividad delictiva de las empresas. Los procesos penales por conspiraciones antitrust han dado lugar a importantes multas para las empresas y a largos periodos de encarcelamiento para los individuos. Las políticas de cumplimiento corporativo eficaces también pueden desempeñar un papel importante en la disuasión y detección de la actividad de los cárteles, y las empresas cuyos programas de cumplimiento facilitan la detección de los cárteles y la denuncia temprana están bien posicionadas para alcanzar la meta de la clemencia y evitar el enjuiciamiento penal<sup>2</sup>. Esta presentación explica los cambios en la política de la División Antitrust en cuanto a la consideración de las políticas de cumplimiento corporativo y describe algunas facetas clave de la política de cumplimiento de las empresas bien diseñada<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Las opiniones expresadas no reflejan necesariamente las del Departamento de Justicia de Estados Unidos.

<sup>2</sup> El enfoque de la División sobre el cumplimiento corporativo debe considerarse junto a la Política de Clemencia de la División, que desde hace tiempo ofrece incentivos para programas de cumplimiento corporativo sólidos. La Política de Clemencia crea poderosos incentivos para que las empresas auto denuncien su participación en actividades delictivas del cártel. B. Snyder, *Individual Accountability for Antitrust Crimes (Responsabilidad individual por delitos antitrust)* (2016), <https://www.justice.gov/opa/speech/deputyassistant-attorney-general-brent-snyder-delivers-remarks-yale-global-antitrust>. Los programas de cumplimiento eficaces ayudan a las empresas a la detección temprana de las infracciones para poder alcanzar la meta de la clemencia. E incluso si no consiguen llegar a la meta para beneficiarse de la clemencia corporativa, las empresas con políticas de cumplimiento eficaces y una sólida cultura de cumplimiento estarán mejor posicionadas para evitar una condena penal a través de un acuerdo de procesamiento diferido. R. Powers, *A Matter of Trust (Una cuestión de confianza): Enduring Leniency Lessons for the Future of Cartel Enforcement (Lecciones perdurables de clemencia para el futuro de la aplicación de la ley sobre cárteles)*(2020), <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-richard-powers-delivers-remarks-13thinternational>.

<sup>3</sup> El enfoque del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DoJ de los EE. UU.) sobre la persecución de los cárteles y el desarrollo e implicaciones de su política hacia los programas de cumplimiento corporativo está más desarrollado en su presentación a la mesa redonda de la OCDE sobre los programas de cumplimiento de junio de 2021. El documento de EE. UU. está disponible en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2021\)16/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2021)16/en/pdf).

## 2. Evolución de la postura de la División Antitrust sobre la consideración de los programas de cumplimiento

2. Históricamente, la División Antitrust consideraba que el programa de cumplimiento de una empresa era necesariamente ineficaz si la empresa estaba involucrada en actividades de cártel<sup>4</sup>. No obstante, en 2019, la División Antitrust anunció un cambio en su política para incentivar aún más a las empresas en la creación de políticas de cumplimiento sólidas y eficaces, así como en el refuerzo de la cultura corporativa en materia de cumplimiento.<sup>5</sup> Según esta nueva política, la División Antitrust considerará la política de cumplimiento preexistente de una empresa cuando decida si presenta una acusación penal y la forma adecuada de resolución de cualquier acusación. Esta nueva política reconoce que la participación de una empresa en un cártel no significa necesariamente que su programa de cumplimiento sea ineficaz<sup>6</sup>. El efecto práctico de este cambio de política es que una empresa con una fuerte cultura de cumplimiento y un sólido programa de cumplimiento con la legislación antitrust puede resolver su participación en un cártel antitrust a través de un Acuerdo de Procesamiento Diferido<sup>7</sup>, que evite una condena penal. La División Antitrust cree que esta nueva política incentivará aún más a las empresas a invertir en cumplimiento con la legislación antitrust y a cultivar una cultura corporativa de cumplimiento de la ley.

3. En Estados Unidos, la solidez y fortaleza de un programa de cumplimiento puede evaluarse en dos fases del proceso: en primer lugar, en la fase de acusación y, en segundo lugar, en la fase de sentencia. La fase de acusación se refiere al momento en el que los fiscales están considerando si acusar a una empresa, y en el caso de una resolución negociada, si la empresa deberá declararse culpable, o si la empresa y el gobierno celebrarán un acuerdo de procesamiento diferido. La fase de sentencia se refiere al momento posterior a la condena de una empresa por un delito (es decir, tras la declaración

<sup>4</sup> Véase M. Delrahim, *Wind of Change: (Vientos de cambio: A New Model for Incentivizing Antitrust Compliance Programs (Un nuevo modelo para incentivar los programas de cumplimiento con la legislación antitrust)*(2019), <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-new-york-university-school-l-0>.

<sup>5</sup> Antes del cambio de política, en 2018, la División Antitrust organizó una mesa redonda pública para explorar la cuestión del cumplimiento corporativo con la legislación antitrust y sus implicaciones para la política de aplicación penal. La División anunció que estaba buscando formas de obtener información sobre cómo promover el cumplimiento con la legislación antitrust. La mesa redonda incluyó debates entre abogados internos, abogados que representan a empresas en investigaciones sobre cárteles y responsables de la aplicación de la legislación internacional. La información relacionada con la mesa redonda, incluidas las transcripciones y los vídeos, puede encontrarse en el sitio web de la División: <https://www.justice.gov/atr/events/public-roundtable-antitrust-criminal-compliance>.

<sup>6</sup> Véase R. Powers, *Criminal Antitrust Enforcement (Aplicación penal de la legislación antitrust): Individualized Justice in Theory and Practice (Justicia individualizada en la teoría y en la práctica)*(2021), <https://www.justice.gov/opa/speech/acting-assistant-attorney-general-richard-powers-delivers-remarks-symposium-corporate>.

<sup>7</sup> Según un APD (Acuerdo de Procesamiento Diferido), se acusará a la empresa a través de información penal, pero si acepta ciertas condiciones, que pueden incluir la adopción de medidas correctoras, el mantenimiento o la mejora de su programa de cumplimiento con la legislación antitrust, el procesamiento del caso se aplazará durante el tiempo que dure el acuerdo, a menudo tres años, al final de los cuales la División solicitará el sobreseimiento de la acusación con perjuicio. A diferencia de la declaración de culpabilidad, el acusado que suscribe un APD no es condenado por un delito. Pero si el acusado incumple el APD, la División puede seguir adelante con la acusación. Un APD es un importante punto intermedio entre la no acusación y la acusación. *Antitrust Division Manual (Manual de la División Antitrust)* en III.G.2.c, (citando el Manual de Justicia en § 9-28.400), <https://www.justice.gov/atr/file/761166/download>.

de culpabilidad de la empresa o tras su condena en juicio) cuando el tribunal considera la pena adecuada para una empresa.

## 2.1. Política de la División Antitrust previa a 2019

### 2.1.1. Decisiones en la fase de acusación

4. En la fase de acusación, todos los fiscales federales deben tener en cuenta la política del Departamento de Justicia, contenida en los Principios de Procesamiento Federal<sup>8</sup>. Cuando los fiscales consideran la posibilidad de acusar a una empresa, también deben considerar los Principios de Procesamiento Federal de las organizaciones empresariales. Los Principios de Procesamiento Federal de las Organizaciones Empresariales contienen once factores que los fiscales deben analizar antes de tomar decisiones de acusación<sup>9</sup>. Uno de los factores es la consideración de la «adecuación y eficacia del programa de cumplimiento de la empresa en el momento del delito, así como en el momento de la decisión de la acusación<sup>10</sup>». No obstante, al realizar un análisis de la acusación antes de 2019, los fiscales de la División Antitrust no consideraban el programa de cumplimiento de una empresa porque el Manual de Justicia reconocía una consideración especial para los delitos antitrust debido a la Política de Clemencia de la División Antitrust, en virtud de la cual la División no acusará penalmente a la primera empresa que denuncie una infracción antitrust<sup>11</sup>.

## 2.2. Consideración del cumplimiento en la fase de sentencia

5. En Estados Unidos, las Directrices sobre la imposición de condenas de EE. UU. sirven como base para establecer políticas y prácticas coherentes para los tribunales federales y sirven para informar a los tribunales sobre la forma y la gravedad adecuadas de las penas para los delitos federales<sup>12</sup>. En general, las Directrices sobre imposición de condenas funcionan como un sistema de puntos: cada infracción se le asocia un determinado número de puntos. Se suman o restan puntos en función de diversos hechos y factores relacionados con el delito (por ejemplo, el volumen de comercio afectado, el número de empleados implicados), y se suman o restan puntos adicionales a la puntuación total en función de factores que aumentan o reducen la culpabilidad penal.

6. Desde 2004, las Directrices sobre imposición de condenas han incluido un reconocimiento de la existencia de un «programa eficaz de cumplimiento y ética» que puede reducir el castigo final de la organización<sup>13</sup>. Esta sección de las Directrices sobre

<sup>8</sup> Departamento de Justicia de los Estados Unidos, *Principios de Procesamiento Federal de las Organizaciones Empresariales*, <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>.

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> Véase M. Delrahim, *Wind of Change: (Vientos de cambio: A New Model for Incentivizing Antitrust Compliance Programs (Un nuevo modelo para incentivar los programas de cumplimiento con la legislación antitrust)(2019)*, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-new-york-university-school-l-0>.

<sup>11</sup> *Id.*; Política de Clemencia Corporativa, (<https://www.justice.gov/atr/file/810281/download>).

<sup>12</sup> Comité de Condenas de EE.UU., *Directrices sobre la imposición de condenas de Estados Unidos*, Parte A.1.3, <https://www.uscc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual/annotated-2018-chapter-1#NaN>.

<sup>13</sup> Comité de Condenas de EE.UU. *Directrices sobre la imposición de condenas de Estados Unidos*, § 8B2.1 <https://www.uscc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual/annotated-2018-chapter-8>; ver también Enmienda 673 <https://www.uscc.gov/guidelines/amendment/673>.

imposición de condenas es aplicable a todos los delitos federales, incluidos a las infracciones de la legislación antitrust. Las Directrices sobre imposición de condenas describen las características de un programa de cumplimiento y ética que permitiría reducir la pena. Además, señalan que la reducción en materia de cumplimiento no está disponible si «la organización retrasa injustificadamente la denuncia del delito a las autoridades del gobierno apropiadas» tras conocer el mismo. Las Directrices sobre imposición de condenas también crean una presunción refutable de que un programa de cumplimiento y ética no es eficaz si los individuos con autoridad sustancial dentro de la organización, o si el personal de alto nivel de una pequeña organización, participó en el delito, lo condonó o lo ignoró por completo.<sup>14</sup> Debido a estas limitaciones, rara vez se da la reducción de condena por un programa de cumplimiento eficaz.<sup>15</sup> La División Antitrust nunca ha tratado de reducir la condena a una empresa por un programa de cumplimiento establecido según las Directrices sobre imposición de condenas.

7. A partir de 2015, la División Antitrust ha recomendado en unos cuantos casos reducir la multa penal de una empresa en base a sus programas de cumplimiento con visión de futuro<sup>16</sup>. La División dejó claro que reconoce los extraordinarios esfuerzos de las empresas para mejorar los programas de cumplimiento y cambiar la cultura corporativa que permitió que el cártel existiera y continuara, y ante tales esfuerzos, la División buscará multas penales más bajas<sup>17</sup>.

### 2.3. Cambio de política de cumplimiento en 2019

8. La División Antitrust anunció un cambio en su política abordando dos áreas principales: (1) la División Antitrust considerará ahora los programas de cumplimiento corporativo en la fase de acusación, y (2) la División Antitrust explicó su consideración de los programas de cumplimiento corporativo en la fase de sentencia<sup>18</sup>.

#### 2.3.1. Fase de acusación

9. En la fase de acusación, la División anunció que sus fiscales considerarían ahora todos los factores enumerados en los Principios de Procesamiento Federal de las Organizaciones Empresariales, incluida la eficacia de un programa de cumplimiento. Esto,

<sup>14</sup> Comité de Condenas de EE. UU., Directrices sobre la imposición de condenas de Estados Unidos § 8C2.5 (incluye las definiciones de individuos de alto nivel e individuos con autoridad sustancial).

<sup>15</sup> Observaciones de Kathleen Grilli en la mesa redonda 7 sobre el cumplimiento con la legislación antitrust, <https://www.justice.gov/atr/page/file/1064291/download>.

<sup>16</sup> Esta forma de reconocimiento de condena se basa en una disposición legal (18 U.S.C. § 3572) y no en las directrices sobre imposición de condena. *EE. UU. v. Kayaba Industry Co., Ltd.*, 15-cr-98-MRB (S.D. OH, 16 de septiembre de 2015), Acuerdo de culpabilidad, ECF. 9, <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/791911/download>; *EE. UU. v. Barclays PLC*, 15-cr-77-SRU (D. CT, 5 de mayo de 2015) Acuerdo de culpabilidad, ECF 6, <https://www.justice.gov/atr/file/838001/download>.

<sup>17</sup> Snyder, B., *Discurso pronunciado en el Sexto Foro Anual de Chicago sobre Antitrust Internacional* (2015), <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-brent-snyder-delivers-remarks-sixth-annual-chicago>.

<sup>18</sup> Véase M. Delrahim, *Wind of Change: A New Model for Incentivizing Antitrust Compliance Programs (Vientos de cambio: Un nuevo modelo para incentivar los programas de cumplimiento con la legislación antitrust)*(2019), <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-new-york-university-school-l-0>.

además de la consideración de los factores enumerados en Los Principios de Procesamiento y en la Política de Clemencia de la División Antitrust<sup>19</sup>.

### 2.3.2. Fase de sentencia

10. En la fase de sentencia, la División Antitrust aclaró las tres maneras en las que los programas de cumplimiento eficaz podrían tener impacto. En primer lugar, Las Directrices sobre la imposición de condenas permiten una reducción en la puntuación de la culpabilidad para los acusados con programas de cumplimiento eficaces tal y como se define en las Directrices<sup>20</sup>. En segundo lugar, la División puede considerar que un programa de cumplimiento es relevante cuando determine la multa corporativa recomendada adecuada dentro del rango de las directrices, o puede considerar los programas de cumplimiento extraordinarios como base para pedir a un tribunal que proporcione una desviación a la baja de la pena que consta en las directrices<sup>21</sup>. Finalmente, la existencia y efectividad de un programa de cumplimiento corporativo es relevante para que la División recomiende la libertad provisional para un infractor corporativo<sup>22</sup>.

## 3. Criterios a considerar en la evaluación de un programa de cumplimiento

11. Para facilitar transparencia, la División publicó las directrices que sus fiscales utilizarán para evaluar un programa de cumplimiento<sup>23</sup>. La evaluación se basa en tres cuestiones fundamentales: «¿El programa de cumplimiento corporativo está bien diseñado?, ¿el programa se aplica con seriedad y buena fe?, ¿funciona el programa de cumplimiento corporativo?»<sup>24</sup>

12. Las directrices de la División comienzan con una serie de preguntas preliminares no determinantes, diseñadas para centrar el análisis del programa de cumplimiento de la empresa sobre los factores más relevantes de las circunstancias específicas que se examinan<sup>25</sup>:

- ¿El programa de cumplimiento corporativo aborda y prohíbe las infracciones penales de la legislación antitrust?
- ¿El programa de cumplimiento con la legislación antitrust detectó y facilitó la denuncia temprana de la infracción?

<sup>19</sup> *Id.*

<sup>20</sup> Véanse las notas 12-14 y el texto adjunto.

<sup>21</sup> Véanse las notas 15-17 y el texto adjunto.

<sup>22</sup> M. Delrahim, *Wind of Change: A New Model for Incentivizing Antitrust Compliance Programs (Vientos de cambio: Un nuevo modelo para incentivar los programas de cumplimiento con la legislación antitrust)*(2019), <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-new-york-university-school-l-0> (señalar que la División no suele solicitar la libertad condicional para las sociedades anónimas, salvo en circunstancias limitadas).

<sup>23</sup> Departamento de Justicia de los Estados Unidos, División Antitrust, *Evaluación de los programas de cumplimiento corporativo en las investigaciones penales sobre legislación antitrust* (Evaluación de los programas de cumplimiento) (2019), <https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download>.

<sup>24</sup> *Id.* en 2; Manual de Justicia § 9-28.800.

<sup>25</sup> Evaluación de los programas de cumplimiento en 2.

- ¿En qué medida estuvo implicada la alta dirección de la empresa en la infracción<sup>26</sup>?

13. Para responder estas preguntas, los fiscales consideran nueve factores para evaluar la eficacia de un programa de cumplimiento con la legislación antitrust:

(1) el diseño y la exhaustividad del programa; (2) la cultura de cumplimiento dentro de la empresa; (3) la responsabilidad y los recursos dedicados al cumplimiento de la legislación antitrust; (4) las técnicas de evaluación de riesgo antitrust; (5) la formación sobre cumplimiento y comunicación a los empleados; (6) las técnicas de supervisión y auditoría, incluido el examen, la evaluación y la revisión continuos del programa de cumplimiento con la legislación antitrust; (7) los mecanismos de denuncia; (8) los incentivos de cumplimiento y disciplina; y (9) los métodos de corrección<sup>27</sup>.

14. La primera cuestión fundamental que los fiscales de la División consideran cuando evalúan la eficacia de un programa de cumplimiento es si el programa está bien diseñado. Las empresas de todos los tamaños deben asignar eficazmente los recursos para el cumplimiento. El programa de una empresa, independientemente de su tamaño, debe adaptarse adecuadamente a su línea de negocio, a sus áreas de alto riesgo antitrust y a su tamaño<sup>28</sup>. Las áreas de riesgo antitrust de una empresa variarán, pero probablemente incluirán prácticas empresariales que ponen en contacto a los competidores (por ejemplo, en conferencias de ventas y ferias comerciales), y las partes de la empresa responsables de recopilar información sobre los precios y su fijación. Los programas de cumplimiento bien diseñados concentran los recursos para la formación y la detección en esas áreas.

15. La División no se fija solamente en el cumplimiento con la legislación antitrust; los programas bien diseñados tienen mecanismos eficaces para que los empleados denuncien las infracciones de manera anónima, confidencial y sin temor a represalias<sup>29</sup>. La División también considera la cultura de cumplimiento de la empresa, es decir, si la alta dirección promueve y defiende el cumplimiento, si se conocen los mecanismos de denuncia y con qué frecuencia se utilizan<sup>30</sup>. De hecho, la División se fija en si la empresa ha realizado una verdadera inversión en materia de cumplimiento, frente a la aplicación de un «programa de papel<sup>31</sup>».

16. El Departamento «no tiene una fórmula para los requisitos respecto a los programas de cumplimiento corporativo<sup>32</sup>» y los factores de la División no son una lista de comprobación; más bien los fiscales de la División Antitrust tienen una visión holística de la empresa, incluido su tamaño y recursos asignados al programa de cumplimiento con la legislación antitrust de la empresa, su conducta, y las consideraciones de política pertinentes, incluidos los Principios de Procesamiento Federal, Principios de Procesamiento Federal de las Organizaciones Empresariales, y la Política de Clemencia, y determinan si resulta adecuado acusar. En caso de una resolución negociada, la División determinará si la conducta deber resolverse mediante un acuerdo de culpabilidad o un acuerdo de procesamiento diferido<sup>33</sup>. Hasta la fecha, la División Antitrust no ha firmado

<sup>26</sup> *Id.* en 3.

<sup>27</sup> *Id.* en 3-4.

<sup>28</sup> Manual de Justicia § 9-28.800, Evaluación de los programas de cumplimiento corporativo, en 2, 7.

<sup>29</sup> Evaluación de los programas de cumplimiento, en 11.

<sup>30</sup> Evaluación de los programas de cumplimiento en 5, 11. <sup>31</sup> Ver la Evaluación de los programas de cumplimiento, en 4.

<sup>31</sup> Ver Evaluación de los programas de cumplimiento, en 4.

<sup>32</sup> Manual de Justicia § 9-28.800.

<sup>33</sup> *Manual de la División Antitrust* en III.G.2.c, <https://www.justice.gov/atr/file/761166/download>.

ningún acuerdo de procesamiento diferido con una empresa basado en la eficacia de su programa de cumplimiento con la legislación antitrust. La División ha celebrado un APD con empresas basándose en otros factores de los Principios de Procesamiento Federal de las Organizaciones Empresariales, por ejemplo, las consecuencias colaterales para la empresa<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Los Acuerdos de Procesamiento Diferido (APD) contienen una sección en la que se explica que un APD se basa en los hechos y circunstancias individuales de cada caso, y se identifican algunos de los hechos que consideraron los Estados Unidos. *Ver, por ejemplo., Estados Unidos v. Taro Pharmaceuticals U.S.A., Inc.*, 20-cr-214-RBS, ECF 2 en 3-4 (E.D. PA 23 de julio de 2020).