

Unclassified

Spanish - Or. English

1 September 2022

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

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version) FORO
LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión I: Reforzando
los incentivos para los acuerdos de clemencia**

- Contribución de los Estados Unidos -

27 y 28 de septiembre de 2022

Se hace circular el documento adjunto elaborado por los Estados Unidos PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 27-28 de septiembre 2022, en Río de Janeiro, Brasil.

Sra. Lynn Robertson, Experto en Competencia - Lynn.Robertson@oecd.org.
Sr. Alden Caribé de Sousa, CADE - alden.sousa@cade.gov.br and international@cade.gov.br.

JT03501685

Sesión I: Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia

– Contribución de los Estados Unidos –

1. Los programas de clemencia, ideados y aplicados por primera vez por los fiscales de la División Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos («la División») en la década de 1970, han sido el núcleo de la aplicación de la ley sobre cárteles durante décadas. Como se manifestó en el Informe de la OCDE sobre Tendencias de la Competencia de 2022, sigue habiendo una preocupación creciente sobre el descenso de las solicitudes de clemencia en todo el mundo y sobre los reducidos incentivos para los solicitantes. Esta contribución tratará: las recientes modificaciones al programa de clemencia de la División y los documentos de política destinados a aumentar la transparencia y la previsibilidad de nuestro programa; las iniciativas internacionales lideradas por la División para mejorar la previsibilidad y aumentar los incentivos de los solicitantes de clemencia; la necesidad de sanciones efectivas para incentivar clemencia; así como la importancia de facilitar herramientas necesarias a las autoridades de competencia para detectar cárteles fuera del contexto de clemencia.

1. Breve historia de la clemencia en EE. UU.

2. La versión original de la Política de Clemencia Corporativa de Estados Unidos («política») se remonta a 1978. La política original se basaba en el concepto básico de proporcionar un permiso para librarse del procesamiento a cambio de la autodenuncia y la cooperación contra miembros del cártel en un esfuerzo por detectar cárteles secretos, pero le faltó proporcionar los incentivos necesarios para fomentar la autodenuncia de la conducta de cárteles duros a gran escala. Por esta razón, raramente se utiliza la política original. La División, recibía un promedio de una sola solicitud de clemencia anual en aplicación de la política original y ni siquiera logró la detección de un cártel internacional o nacional de gran tamaño. En agosto de 1993, la División revisó su Política de Clemencia Corporativa para hacer el programa más transparente y aumentar los incentivos a fin de que los participantes en los cárteles corporativos se presenten y cooperen.¹

3. La política de la División proporciona inmunidad total al primer solicitante que autodenuncie su conducta a la División y cubre tanto a empresas como a individuos. La política incluye la clemencia de tipo A, a la que pueden acogerse los solicitantes que se autodenuncien antes de que la División tenga conocimiento de la conducta. La División también ofrece clemencia de tipo B para los solicitantes que se presenten tras el descubrimiento de la conducta, pero antes de que la División tenga pruebas que puedan dar lugar a una condena sostenible contra el solicitante.

¹ Para profundizar en la historia inicial del Programa de Clemencia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, véase la presentación de Estados Unidos para la mesa redonda de la OCDE de 2018 sobre programas de clemencia; “*Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes - Note by the United States*” («Mesa redonda sobre los retos y la coordinación de los programas de clemencia - Nota de Estados Unidos»), 5 de junio de 2018, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2018\)33/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2018)33/en/pdf).

2. Programa de clemencia para la era moderna

4. La política de clemencia de la División no ha cambiado durante casi 30 años y ha funcionado bien a la hora de desbaratar los cárteles nacionales e internacionales. Pero todo puede mejorarse. En abril de 2022, la División anunció nuevos cambios en la política de clemencia, así como cambios en el documento clave de la política, «Preguntas frecuentes sobre el programa de clemencia de la División». Estos cambios son solo una de las muchas maneras en que la División está pensando en el futuro y asegurándose de que las herramientas que utiliza están mejor equipadas para afrontar los problemas modernos. Las actualizaciones del programa de clemencia de la División animan aún más a las empresas a hacer lo correcto y mejoran la responsabilidad corporativa, una prioridad para la División.

2.1. Aumentar la responsabilidad

5. Aunque los incentivos básicos de la política no cambian, las actualizaciones de la política de clemencia promueven aún más la responsabilidad. En primer lugar, según la política de clemencia revisada, para tener derecho a la clemencia, una empresa debe autodenunciarse rápidamente después de descubrir su conducta ilícita. Durante casi 30 años, la División ha hecho hincapié en la necesidad de rapidez: una empresa se encuentra en una carrera contra sus cómplices para poder tener derecho a la clemencia. No obstante, antes de las revisiones de 2022, la División no exigía a los solicitantes que informaran sin demora de su conducta ilícita una vez descubierta, sino que les exigía que dejaran de participar en la conspiración sin demora. Exigir una denuncia rápida es una buena política pública. Si una empresa descubre que ha cometido un delito, pero se cruza de brazos y espera a que su conducta pase inadvertida, no merece clemencia. Este cambio también es bueno para la aplicación de la ley, tanto porque refuerza el dilema que la clemencia plantea al preso como porque maximiza las oportunidades para que la División y sus socios responsables de la aplicación de la ley realicen una investigación encubierta.

6. Otro cambio esencial que la División ha introducido en la política de clemencia contribuirá a lograr el objetivo de la División de disuadir la perpetración de delitos antitrust (y de detectarlos y procesarlos rápidamente cuando se produzcan) animando a las empresas a invertir en programas de cumplimiento. Según la política de clemencia actualizada, antes de que una empresa tenga derecho a la clemencia, debe mejorar su programa de cumplimiento. Exigir mejoras en los programas de cumplimiento para los solicitantes de clemencia reducirá el riesgo de reincidencia, un objetivo que la División y los potenciales solicitantes de clemencia deberían compartir. Desde el punto de vista de la empresa, el cumplimiento también le beneficia. La mejora de los programas de cumplimiento ayudará a las empresas a evitar la reincidencia, y les brinda la mejor oportunidad para detectar y denunciar rápidamente conductas delictivas para obtener clemencia.

7. Las actualizaciones del programa de clemencia de la División también protegen adecuadamente a las víctimas de colusión. Para que una empresa tenga derecho a clemencia siempre ha tenido que pagar una indemnización a sus víctimas. Esto no ha cambiado, pero ahora, también se podrá exigir a un solicitante que repare el daño causado por su conducta, en la medida en que no esté cubierto por la restitución. Incluso antes de estos cambios, la División se esforzaba por exigir medidas correctoras cuando la restitución por sí sola no rectificaba el daño causado por la conducta anticompetitiva. Aunque alguna conducta anticompetitiva puede corregirse a través de la restitución a las víctimas, a veces son necesarias medidas adicionales para garantizar que el daño causado por la conducta anticompetitiva se repare adecuadamente. Por ejemplo, la División celebró un acuerdo de procesamiento diferido (APD) con los especialistas de cáncer de Florida (FCS por sus siglas en inglés) por su participación en un esquema de reparto de mercado de larga

duración para los servicios de tratamiento de cáncer. Además de una multa de 100 millones de dólares, el APD incluía una cláusula que obligaba a FCS a no aplicar sus cláusulas de no competencia durante cuatro años, con el fin de ayudar a reparar el daño causado por el acuerdo de reparto de mercado en cuestión. Las medidas correctoras que puede resultar adecuadas en un caso determinado dependerán de la naturaleza de la actividad ilegal y del daño que se haya causado.

2.2. Garantizar el acceso a la justicia

8. Tan importante como los cambios en la política es el compromiso de la División de hacerla transparente, predecible y accesible al público. Tras el anuncio de la política revisada en abril de 2022, se puede acceder ahora a la política de clemencia de la División en el capítulo antitrust del Manual de Justicia del Departamento de Justicia, que es la fuente definitiva para el público y los abogados del Departamento, sobre política interna y directrices en todo el Departamento de Justicia.

9. En abril de 2022 la División publicó una versión actualizada de las preguntas más frecuentes («FAQ» por sus siglas en inglés) sobre nuestra política de clemencia junto con la política revisada. Al revisar las preguntas más frecuentes, la División pretendía simplificar y desmitificar las prácticas de la División. Las preguntas más frecuentes están escritas en un lenguaje sencillo. El documento revisado contiene casi 50 nuevas preguntas más frecuentes para garantizar que todas las preguntas recurrentes que la División ha recibido en los últimos se aborden en su totalidad. Este documento facilitará aún más al público el conocimiento de la clemencia y la comprensión de los beneficios que aporta y lo que la División exige a cambio. La División se centra en hacer que nuestras políticas sean comprensibles para todos: abogados externos e internos, así como empresarios de todos los sectores de la economía y de todos los niveles de sofisticación. No existen normas no escritas de aplicación de la ley en la División Antitrust. Las decisiones relativas a la aplicación de la ley se basan en criterios transparentes y predecibles.

3. Examinar los incentivos de clemencia

10. A medida que la División avanza en el programa de clemencia hacia una nueva era de aplicación de la ley, es importante seguir basándose en los principios fundamentales que han hecho que el Programa de Clemencia de la División tenga tanto éxito durante tantos años. Los pilares de un programa de clemencia eficaz siguen siendo los mismos: transparencia y previsibilidad, sanciones severas y significativas y amenaza creíble de detección.

3.1. Promover la transparencia y previsibilidad

11. Algunos de los cambios recientes en la política de clemencia se hicieron para aumentar la transparencia y la previsibilidad para los solicitantes de clemencia. En primer lugar, respecto a la clemencia de tipo B para los empleados individuales de los solicitantes de clemencia, la División no modificó la política relativa a la cobertura de tipo B, sino que revisó las preguntas más frecuentes para dar a conocer el modo en que la División decide respecto a la inmunidad de los individuos. La División es consciente de que ha habido cierta confusión sobre este tema desde hace varios años, especialmente respecto a la certeza de la

protección contra el enjuiciamiento de los empleados actuales de los solicitantes individuales.

12. Las preguntas más frecuentes actualizadas dejan claro que los empleados de los solicitantes de tipo B se evaluarán caso por caso utilizando los principios de enjuiciamiento federal seguido por todos los fiscales a la hora de decidir si se otorga la inmunidad. Los empleados no implicados en la conducta ilícita no necesitan protección. En el caso de los empleados que están involucrados y cooperan en la investigación de la División, consideraremos cada individuo separadamente y nuestros equipos trabajarán con el solicitante de clemencia para determinar su situación.

3.2. Daños privados

13. El Derecho de la Competencia en Estados Unidos autoriza a los litigantes privados la indemnización triple de los daños, más los honorarios de los abogados.² En la medida en que más jurisdicciones han adoptado derechos de acción privados en casos antitrust, esto ha añadido un nuevo elemento al análisis de coste/beneficio que los abogados de empresa realizan cuando deciden solicitar clemencia. La cantidad de exposición al que se enfrenta una empresa en acciones privadas por daños y perjuicios, a menudo en múltiples jurisdicciones, puede ser un desincentivo para buscar clemencia. En Estados Unidos, se introdujo una solución legislativa para reducir el efecto de este desincentivo. La *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (Ley de refuerzo y reforma de las sanciones penales antitrust) de 2004, también conocida como la ACPERA, limita la responsabilidad de las reclamaciones por daños y perjuicios civiles en las acciones antitrust privadas estatales o federales para un solicitante de clemencia que cumpla los requisitos.³

14. En el caso de las reclamaciones contra una empresa que (1) celebra un acuerdo de clemencia con la División Antitrust o un individuo cooperante cubierto por dicho acuerdo, y (2) proporciona una cooperación satisfactoria al demandante en la acción privada. Un demandante no puede recuperar los daños y perjuicios que excedan «la parte de los daños reales sufridos por dicho demandante que sea atribuible al comercio realizado por el solicitante (de clemencia) en los bienes y servicios afectados por la infracción». Por tanto, al satisfacer los requisitos de cooperación de la ACPERA, un solicitante de clemencia puede evitar la responsabilidad conjunta y solidaria por daños triples en virtud de la Ley Clayton. La ley ACPERA, que originariamente expiraría en 2020, se volvió a autorizar por el Congreso de Estados Unidos en octubre de 2020 y la cláusula de extinción fue revocada, convirtiéndola en ley permanente.

15. A lo largo de los años, la División ha recibido comentarios de la abogacía privada sobre la eficacia de la ACPERA, incluso en una mesa redonda pública de 2019 organizada por la División que contó con la participación de representantes de la abogacía privada, la industria y los grupos de reflexión antitrust con experiencia de primera mano en los litigios de la ACPERA. Algunas de las preocupaciones expresadas incluyen la falta de claridad sobre la definición de los términos de la ACPERA, incluido el significado de «cooperación satisfactoria» y el impacto de los litigios civiles en las obligaciones de cooperación del solicitante de clemencia.

² Véase Ley Clayton, 15 U.S.C. § 15(a) y Ley Sherman, 15 U.S.C. § 1.

³ Pub. L. No. 108-237, Título II, §§ 211 a 214, 118 Stat. 661, 666-68 (2004), modificado Pub. L. No. 111-30, § 2, 123 Stat. 1775 (2009) y Pub. L. No. 111-190, §§ 1 a 4, 124 Stat. 1275, 1275-76 (2010) (establecido como una nota bajo el 15 U.S.C. § 1).

16. En las nuevas preguntas más frecuentes revisadas, la División aclara su punto de vista sobre las obligaciones y los beneficios de la ACPERA. En particular, las preguntas más frecuentes proporcionan directrices sobre lo que se considera «cooperación satisfactoria», cuando debe darse la cooperación satisfactoria; cómo afecta la suspensión de la presentación de pruebas civiles a las obligaciones de cooperación del solicitante; y cuándo se determinan los beneficios de la ACPERA. Como se especifica en las preguntas más frecuentes, si un solicitante o un tribunal lo solicitan, la División informará de manera integral al tribunal sobre la oportunidad, la naturaleza, el alcance y la importancia de la cooperación del solicitante según la política de clemencia, así como su compromiso de llevar a cabo la cooperación futura con la investigación y los procesos de la División. La División reconoce que los litigios civiles paralelos pueden resultar gravosos para los solicitantes de clemencia y aprecia la necesidad de transparencia. Al proporcionar el punto de vista de la División sobre la ACPERA, la División está haciendo que la clemencia y sus beneficios de la ACPERA sean más predecibles.

17. Al considerar tanto la transparencia y accesibilidad adicionales, así como nuestro mayor énfasis en los programas de cumplimiento antitrust, las empresas están mejor posicionadas para entender los inmensos beneficios de la clemencia y lo que significará para ellas. También significa que las empresas apreciarán plenamente la importancia de autodenunciar de manera temprana cualquier posible infracción. Los beneficios de la clemencia son sustanciales. Cuando los programas de clemencia resultan más accesibles y comprensibles para los abogados internos y para la comunidad empresarial en general, la clemencia se convierte en una herramienta de aplicación de la ley aún más poderosa.

3.3. El papel de la cooperación internacional sobre la previsibilidad

18. Desde el comienzo del programa de clemencia de la División, la globalización económica también ha llevado a la globalización tanto de la conducta de los cárteles como de la aplicación de la ley sobre los mismos. Los cárteles suelen ser transfronterizos y las empresas e individuos culpables se enfrentan con frecuencia a acciones de aplicación de la ley en jurisdicciones de todo el mundo que se vieron afectadas por la conspiración. Como se señala en el Informe de la OCDE sobre Tendencias de la Competencia de 2022, se ha planteado la preocupación por el aumento de los costes de cooperación en las investigaciones multijurisdiccionales. Cooperar en una investigación internacional de cártel ahora significa preparar la presentación de documentos para múltiples autoridades de competencia, hacer volar a los ejecutivos por todo el mundo para que se presenten a las entrevistas y a veces enfrentarse a resultados contradictorios y a reclamaciones privadas por daños y perjuicios en varias jurisdicciones.

19. La División ha escuchado las preocupaciones y se ha comprometido a reducir las cargas innecesarias para los solicitantes de clemencia y las empresas que cooperan en investigaciones transfronterizas. La División trabaja incansablemente para garantizar que reforzamos y mejoramos nuestras relaciones con nuestros homólogos internacionales para maximizar la eficacia de la detección de cárteles, al mismo tiempo que garantiza que los solicitantes de clemencia sean capaces de satisfacer las exigencias en materia de competencia en las jurisdicciones en las que se han presentado. Con este objetivo, la División, emprendió una iniciativa en 2019 para examinar sus prácticas de investigación y determinar cómo trabajar más eficazmente con socios extranjeros en casos que involucran a los mismos solicitantes de clemencia. La División encuestó al personal de los casos de sus cinco oficinas penales para identificar buenas prácticas, así como los retos respecto a la cooperación internacional en sus propios casos. A partir de ahí, la División desarrolló las mejores prácticas internas para que su personal las aplicara al trabajar con otras autoridades de competencia.

20. La comunidad internacional de competencia también ha respondido a las preocupaciones. En 2017-2018, el Grupo de Trabajo sobre Cárteles de la RIC («CWG» por sus siglas en inglés) realizó una encuesta de investigación sobre la clemencia y en 2019 publicó un informe “*Good Practices for Incentivising Leniency Applications.*” («Buenas Prácticas para incentivar las solicitudes de clemencia»)⁴. Sobre la base de las respuestas a la encuesta, el informe identificó incentivos y desincentivos para que las empresas soliciten clemencia en el contexto de los casos de cárteles multijurisdiccionales. El informe se centró en tres áreas clave: aplicación privada de la ley, sanciones individuales y la interacción entre las autoridades de competencia y otros reguladores nacionales, e identificó buenas prácticas, políticas y leyes o reglamentos que las autoridades de competencia deberían adoptar en sus propias jurisdicciones para mejorar los incentivos de los solicitantes de clemencia en cada una de estas áreas.

21. Tras el informe de 2019, el CWG dedicó el último año a elaborar directrices sobre buenas prácticas para cooperación internacional en asuntos relacionados con solicitantes de clemencia multijurisdiccionales. Las “*Guidance on Enhancing Cross-Border Leniency Cooperation*” («Directrices para mejorar la cooperación transfronteriza en materia de clemencia»)⁵ publicada en julio de 2020, aborda áreas clave de coordinación entre las autoridades de competencia con dos objetivos paralelos: (1) aumentar la eficacia de los esfuerzos internacionales de aplicación de la ley y (2) ayudar a reducir los desincentivos para los posibles solicitantes de clemencia. Las Directrices pretenden ir más allá de la mera discusión de los pilares de los programas de clemencia exitosos y proporciona consejos prácticos para las cuestiones cotidianas a las que se enfrentan los equipos de casos de las autoridades de competencia cuando se relacionan tanto con los solicitantes de clemencia como con compañeros de otras jurisdicciones.

22. El proyecto fue desarrollado y creado por el equipo de miembros de la RIC, entre los que se encuentran la Comisión Australiana de Competencia y Consumo, la Oficina de Competencia de Canadá, la Fiscalía Nacional Económica de Chile, el Conselho Administrativo de Defesa Econômica de Brasil (CADE), la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, la Comisión de Competencia de Hong Kong, la Comisión de Comercio de Nueva Zelanda, el Rekabet Kurumu de Turquía, el Gazdasági Versenyhivatal de Hungría (GVH), y la División Antitrust del Departamento de Justicia de Estados Unidos. La diversidad del equipo del proyecto y el interés en el mismo por parte de los asesores no gubernamentales (NGAs por sus siglas en inglés) y de otros miembros de la RIC demuestra la importancia de una mayor atención prestada a la preservación de los incentivos de clemencia y la División espera que estas directrices ayuden a los organismos de todo el mundo a aplicar prácticas de clemencia eficaces.

23. Los ámbitos en los que se centran las directrices son: los principios básicos de clemencia que son necesarios para la colaboración, la comunicación efectiva entre las autoridades de competencia, el intercambio de información a través de exenciones y otras herramientas, así como la coordinación de las etapas de la investigación a lo largo de un caso. La encuesta 2017-2018 sobre los incentivos de clemencia del grupo de trabajo sobre

⁴ “*Good practices for incentivizing leniency applications*” («Buenas Prácticas para incentivar las solicitudes de clemencia»), 30 de abril de 2019, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/05/CWG-Good-practices-for-incentivising-leniency.pdf>.

⁵ “*Guidance on Enhancing Cross-Border Leniency Cooperation*” («Directrices para mejorar la cooperación transfronteriza en materia de clemencia»), junio 2020, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/07/CWG-Leniency-Coordination-Guidance.pdf>.

cárteles (CWG por sus siglas en inglés) determinó que uno de los principales desincentivos que afectan a los solicitantes de clemencia es el impacto de las sanciones que pueden imponer otros reguladores o fiscales en una jurisdicción, fuera de la autoridad de competencia. En respuesta, las directrices también abordan el modo en que las autoridades de competencia pueden colaborar más eficazmente con otros reguladores nacionales, ya que están comprometidos con otras autoridades de competencia.

24. En el proceso de elaboración de las directrices, otros miembros del grupo de trabajo sobre cárteles (CWG por sus siglas en inglés) y los asesores no gubernamentales (NGAs por sus siglas en inglés) compartieron sus experiencias de cooperación internacional, tanto positivas como negativas. Se aprendieron dos lecciones particulares: en primer lugar, la importancia de generar confianza, tanto entre los solicitantes de clemencia y las autoridades de competencia como entre las autoridades de competencia que cooperan; y en segundo lugar, la importancia de la comunicación entre las autoridades de competencia en el desarrollo de todo el caso. Respecto a la primera lección, las directrices destacan en todo momento los elementos clave para generar confianza entre los solicitantes de clemencia y las autoridades de competencia, incluida la confidencialidad y la transparencia. Las directrices también subrayan la importancia de la confianza mutua como punto de partida para que las autoridades de competencia se comprometan a cooperar e incluye sugerencias prácticas de la relación construida. Respecto a la comunicación entre las autoridades de competencia (un asunto para el que la mayoría de las autoridades de competencia entienden el «por qué»), las directrices abordan en detalle el «cuándo, cómo y qué» de las estrategias de comunicación efectivas que se han aprendido a lo largo de años de experiencia de los miembros del equipo del proyecto.

4. Herramientas necesarias para garantizar un programa de cumplimiento eficaz

25. EE. UU. ha aprendido de sus años de experiencia que los programas de clemencia, por sí solos, no son eficaces sin la amenaza de detección y sanciones. En primer lugar, para incentivar a los cartelistas a autodenunciarse, es necesario que las sanciones por las infracciones de cártel sean lo bastante severas como para motivar a las empresas y a los individuos a optar por la clemencia. De lo contrario, una sanción de cártel se convierte simplemente en «el coste de hacer negocios». En segundo lugar, es necesario facilitar herramientas necesarias a las autoridades de competencia para detectar proactivamente cárteles sin la ayuda de un solicitante de clemencia. Si un cartelista cree que nunca le van a pillar, no tiene ningún incentivo para autodenunciarse, ni siquiera por todos los beneficios tangibles que proporciona la clemencia.

4.1. Sanciones

26. En los últimos veinte años, la División Antitrust ha obtenido un aumento constante de las multas a empresas y de penas de cárcel para los individuos. Las infracciones penales de la Ley Sherman se convirtieron en delito en 1974, con un máximo de tres años de cárcel, que permaneció invariable durante tres décadas. Los niveles de las multas se fijaron inicialmente en 1 millón de dólares para empresas y 100.000 dólares para los individuos procesados en 1974, y fueron aumentando gradualmente en 1984 y 1990.⁶ Además, desde

⁶ La multa máxima para individuos por infracciones penales de la Ley Sherman aumentó a 250.000 dólares en 1984 a través de la combinación de la *Comprehensive Crime Control Act* (Ley de control integral de la delincuencia), Pub L No 98-473, 98 Stat 1976 (1984) y la *Criminal Fine Enforcement Act* (Ley de aplicación de multas penales), Pub L No 98-596, 98 Stat 3134 (1984), y la multa máxima para empresas siguió siendo de 1 millón de dólares. En 1990, la Ley Sherman fue modificada para

1984, se pueden imponer multas que superen el máximo legal de conformidad con el artículo 18 USC § 3571(d), que prevé una multa de hasta el doble de la ganancia obtenida o el doble de la pérdida causada por el cártel. En junio de 2004, se reconoce la creciente amenaza que suponen los cárteles para empresas y consumidores estadounidenses y el Congreso elevó de manera significativa las penas máximas para las infracciones penales de la Ley Sherman mediante el aumento de la multa máxima legal para las empresas a 100 millones de dólares, la multa máxima legal para los individuos a 1 millón de dólares y la pena máxima de cárcel a 10 años.⁷

27. Desde finales de los 90, la División Antitrust ha hecho hincapié en la disuasión a través de la responsabilidad individual y las estadísticas demuestran que los individuos que violan las leyes antitrust estadounidenses son enviados a la cárcel cada vez más a menudo y durante periodos más largos. Las penas de cárcel, las multas y otras sanciones serán determinadas por los tribunales federales de EE. UU. Desde el año 2000, el tiempo de cárcel para los acusados de cárteles en Estados Unidos ha superado con creces el año.⁸ Desde principios del 2020 la actual media es de 15 meses de cárcel.⁹ Respecto a las multas, durante la última década (años fiscales 2010 a 2019), los procesos penales de la División han dado lugar a más de 9.000 millones de dólares en multas y sanciones penales, junto con penas de cárcel para más de 250 individuos.¹⁰ La División obtiene regularmente multas y sanciones penales iguales o superiores al máximo legal de 100 millones de dólares de la Ley Sherman.

28. Los solicitantes de clemencia que reciben la inmunidad de la División siguen estando en condiciones mucho mejores que sus cómplices. De hecho, el número de casos de cártel que la División tiene actualmente en litigio pone de manifiesto el compromiso de perseguir agresivamente a los demás miembros del cártel. Las empresas condenadas se enfrentan a la amenaza de una condena por delito grave, lo que podría dar lugar a importantes sanciones económicas. En algunos sectores, también puede acordarse la inhabilitación. Los individuos condenados por su papel se enfrentan a un tiempo de cárcel en una prisión federal de EE. UU. La División consigue condenas tanto a través de declaraciones de culpabilidad como por medio de veredictos de culpabilidad tras juicios complejos. Por supuesto que no todos los juicios terminan en condena, pero una cosa es segura: el único cartelista que puede controlar su destino es el solicitante de clemencia.

4.2. Crear una amenaza creíble de detección

29. Resulta esencial que las autoridades de competencia cuenten con las herramientas de investigación necesarias para detectar de manera proactiva los cárteles fuera del contexto de la clemencia. En los últimos años, varios de los mayores procesos de cárteles de la División surgieron de sus propios esfuerzos de investigación interna: cárteles que produjeron cientos de millones de dólares en multas y sanciones y procesamientos

aumentar las multas legales máximas a 10 millones de dólares para las empresas y 350.000 dólares para los individuos. Véase *Antitrust Amendments Act* (Ley de modificaciones antitrust), Pub L No 101-588, 104 Stat 2880 (1990).

⁷ Véase *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (Ley de refuerzo y reforma de las sanciones penales en materia antitrust), Pub L No 108-237, § 215, 118 Stat 661, 668 (2004).

⁸ “[Criminal Enforcement Trends Charts](https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement-fine-and-jail-charts)”, US DOJ Official Website, <https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement-fine-and-jail-charts>.

⁹ Véase *id.*

¹⁰ Véase *id.*

individuales y empresariales. Algunas empresas tomaron la sabia decisión de solicitar clemencia tras conocer la investigación de la División y han visto los frutos. La División trabaja de manera proactiva y agresiva para descubrir cárteles y continuará haciéndolo en estrecha colaboración con los socios internacionales, utilizando todas las herramientas a nuestro alcance.

30. Sin embargo, muchas autoridades de competencia en todo el mundo no están capacitadas para detectar cárteles de maneja proactiva y carecen de herramientas necesarias para detectarlos de manera eficaz. Algunas de las herramientas que la División tiene a su disposición son: el uso de llamadas telefónicas monitorizadas de forma consensuada, la capacidad de llevar a cabo vigilancia, el acceso a los registros telefónicos y de correo electrónico personales con la debida autorización de los tribunales, la facultad de realizar entrevistas voluntarias a sujetos y testigos, así como la capacidad de desarrollar informantes/fuentes confidenciales. Además, la División ha hecho y sigue haciendo importantes inversiones en la infraestructura de tecnología de la información necesaria para apoyar a los equipos encargados de los casos en la recopilación y revisión de todas estas pruebas recogidas durante las investigaciones.

31. EE. UU. también tienen una serie de leyes que complementan la capacidad de la División para llevar a cabo investigaciones proactivas, incluidas leyes que prohíben la obstrucción de las investigaciones, como la destrucción de documentos, así como las leyes que prohíben declaraciones falsas a los investigadores gubernamentales. La División persigue agresivamente las infracciones de estos tipos de conducta que impiden nuestras investigaciones. En 2020, se promulgó la *Criminal Antitrust Anti-Retaliation Act* (Ley anti-represalias penales antitrust).¹¹ Esta ley prohíbe a los empresarios tomar represalias contra determinados individuos que denuncian infracciones penales antitrust y complementa los diversos instrumentos que ya existen para procesar a empresas e individuos que tratan de obstruir las investigaciones sobre cárteles.

32. La División también lleva a cabo una importante labor de divulgación entre las partes interesadas de la comunidad jurídica y empresarial y otros organismos encargados de la aplicación de la ley. En 2019 el Departamento anunció la creación de la *Procurement Collusion Strike Force* (Fuerza de choque contra la colusión en la contratación pública), una asociación interinstitucional que lidera un esfuerzo nacional para proteger los proyectos financiados por los contribuyentes derivados de las infracciones antitrust y delitos relacionados a nivel federal, estatal y local. Los fiscales de las cinco oficinas penales de la División y de las 13 oficinas de fiscales de Estados Unidos se han asociado con agentes del FBI y cuatro oficinas federales del inspector general, incluidos el Servicio de Correos de EE. UU. y el Departamento de Defensa, para realizar actividades de divulgación y formación para los funcionarios de contratación y los contratistas gubernamentales sobre riesgos antitrust en el proceso de contratación. Estos equipos de fiscales y agentes centrados en distritos también trabajan juntos para investigar y perseguir conjuntamente los casos penales relacionados con la contratación.¹²

¹¹<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-applauds-passage-criminal-antitrust-anti-retaliation-act> “Justice Department Applauds Passage of the Criminal Antitrust Anti-Retaliation Act”, 24 December 2020, <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-applauds-passage-criminal-antitrust-anti-retaliation-act>.

¹² Para obtener más información sobre la PCSF (*Procurement Collusion Strike Force*), incluidos los materiales de formación y los ejemplos, visite la página web de la PCSF en: <https://www.justice.gov/procurement-collusion-strike-force>.