

Overview

Using Leniency to Fight Hard Core Cartels

Resumen

Utilizar la clemencia para luchar contra los cárteles

Los *Resúmenes* son traducciones de extractos de publicaciones de la OCDE.

Todos los *Resúmenes* se pueden obtener de forma gratuita en el OCDE Online Bookshop
(www.oecd.org).

Este *Resumen* no es una traducción oficial de la OCDE.



ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT
ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS

Introducción

Por extraño que pueda parecer, la clemencia de las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de las normas de competencia puede contribuir a combatir las infracciones más graves a la legislación en la materia. Los cárteles -o acuerdos concluidos entre competidores con objeto de fijar los precios, restringir la producción, repartirse (o compartir) mercados o elaborar pujas fraudulentas (licitaciones colusorias)- despilfarran los recursos del conjunto de la comunidad, causan ineficacia y cuestan miles de millones de dólares a los consumidores del mundo entero.

Una de las dificultades a la hora de combatir los cárteles radica en vencer el secreto que los rodea. Habida cuenta de que la actividad de los cárteles es manifiestamente ilegal (y de que se asimila, cada vez más a menudo, a un delito), ésta suele llevarse a cabo en el mayor de los secretos y, así, los acuerdos pueden concluirse en una habitación de hotel con ocasión de una feria de muestras, o, simplemente, por teléfono; de esta forma, cualquier elemento de prueba queda en la sombra.

Los programas de clemencia pueden romper la ley del silencio que rige entre los miembros de un cártel. Los programas que mayor éxito han cosechado son aquellos que otorgan una inmunidad absoluta a la primera empresa que se presente ante las autoridades competentes y desvele el engranaje interno del cártel. La información que proporcione esa empresa y su cooperación continua a lo largo de todo el procedimiento de investigación posterior resultan esenciales para condenar a los otros miembros del cártel.

El refuerzo de las sanciones aplicables a los acuerdos constitutivos de cárteles en algunos de los países miembros de la OCDE es una de las razones que explican el creciente éxito de los programas de clemencia en los últimos tiempos. Cuando una persona o una empresa se enteran de que los directivos de una empresa han sido condenados a penas de prisión y de que una empresa ha sido sancionada con una multa de 500 millones de dólares, su inclinación a presentarse ante las autoridades crece considerablemente. De este modo, la aplicación conjunta de programas de clemencia y de fuertes sanciones potenciales incita en gran medida a las empresas a ser las primeras en desvelar la existencia de un cártel.

¿Qué razones fundamentan los programas de clemencia?

Una de las dificultades a la hora de combatir los cárteles radica en vencer el secreto que los rodea. A fin de alentar a un miembro de un cártel a confesar su actividad y a inculpar a sus coautores mediante testimonios de primera mano y directos sobre sus reuniones y comunicaciones clandestinas, las autoridades de competencia pueden prometer una multa inferior a la establecida, una condena más corta, una orden menos restrictiva o, incluso, la inmunidad absoluta.

En este sentido, los programas de clemencia permiten sacar a la luz acuerdos secretos que, de lo contrario, podrían pasar desapercibidos, y hacen que las investigaciones posteriores sean más eficaces y efectivas. La experiencia ha demostrado que estos programas dan buenos resultados.

Así, desde la modificación del programa estadounidense en 1993, llevada a cabo a fin de clarificar y extender ligeramente el alcance de la inmunidad, el número de solicitudes de inmunidad ha superado las veinte por año; se han pronunciado decenas de condenas, y el importe de las multas recaudadas ha sobrepasado, con creces, los mil millones de dólares. En el marco de la investigación realizada en Estados Unidos sobre el cártel de las vitaminas, la cooperación de la empresa que pidió la inmunidad permitió realizar inculpaciones directas e imponer multas de 500 millones y 225 millones de dólares a dos empresas del cártel.

Otros organismos y países cuentan, asimismo, con programas de clemencia. En 1996, la Comisión Europea anunció, en su comunicación 96/C 207/04, las condiciones en virtud de las cuales una empresa podía gozar de la no imposición de una multa o de reducciones importantes en su importe; desde su entrada en vigor, se han acogido a ese sistema más de veinte casos. En 2001, la Comisión Europea presentó un nuevo proyecto en la materia¹, con vistas a maximizar su capacidad para detectar y perseguir los cárteles.

Canadá y el Reino Unido anunciaron recientemente la adopción de sendos programas de clemencia, fundados, en gran medida, en la experiencia estadounidense. En mayo de 2000, Alemania anunció también un programa en este ámbito, mientras Suecia estudiaba la elaboración de una legislación que autorizase el recurso a dicho tipo de programas. Corea, país que cuenta con un programa de clemencia desde 1997, realiza, actualmente, un estudio para su mejora. Por último, Francia revisó recientemente su normativa en materia de competencia para permitir al *Conseil de la Concurrence* aplicar la clemencia a las empresas que presentasen a las autoridades elementos que probasen la existencia de cárteles.

La clemencia puede implicar una reducción de la sanción que se habría impuesto a falta de cooperación plena y voluntaria, pero la forma más clara y completa de clemencia es la inmunidad. En el programa estadounidense, en el que los cárteles se tipifican como delito, la inmunidad implica una ausencia completa de inculpación. En el programa de la Unión Europea, la clemencia se expresa en términos de reducción de multas. Otras decisiones de las autoridades que pueden considerarse como trato clemente pueden ser el no incoar un proceso penal por un determinado asunto o el no reclamar una sanción contra determinadas personas.

¹ N. del T.: En el momento de redacción del original inglés, se hallaba abierto el periodo de consulta pública de dicho proyecto, que finalizó el 21 de septiembre de 2001. La versión final de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cártel fue aprobada en 2002 (DOCE C 45/3, de 19.02.2002).

¿Qué características debe poseer un programa de clemencia eficaz?

La claridad, la certeza y la prioridad resultan esenciales en cualquier programa de clemencia, dado que las empresas se sentirán más proclives a presentarse ante las autoridades si están seguras de cómo se aplicarán las condiciones previstas y de las ventajas potenciales de las que gozarán. Para incentivar plenamente la cooperación y fomentar el que los cárteles se desmantelen más rápidamente, no sólo resulta importante que la primera empresa en confesar se beneficie de “un trato favorable”, sino, asimismo, el que los términos de dicho trato estén definidos lo mejor posible desde el principio.

El ofrecer una reducción de sanciones genérica a cambio de información puede ser insuficiente para alentar a las empresas a presentarse ante las autoridades, ya que las ventajas de permanecer en el seno del cártel pueden seguir pareciendo mayores y mejores que la incierta recompensa que pueda obtenerse de una confesión. El primer programa de clemencia estadounidense, que se limitaba a efectuar un ofrecimiento relativamente general, dio lugar a tan sólo un caso anual, aproximadamente. Uno de los cambios básicos de la reforma de 1993, que dotó de mayor eficacia al programa estadounidense, consistió en ofrecer, automáticamente, la inmunidad completa a la primera empresa que se pusiera en contacto con las autoridades, siempre que respondiese a determinadas condiciones, claramente especificadas.

El programa de la UE establece un baremo para la reducción potencial del importe de las multas, en función del estado del procedimiento y de otros factores. La experiencia adquirida hasta la fecha por la Comisión ha puesto de manifiesto que aumentar el grado de transparencia y la precisión en cuanto a las condiciones para la concesión de reducciones de las multas redundaría en una más eficaz aplicación del programa. La eficacia también mejoraría estableciendo una correspondencia más estrecha entre el nivel de reducción del importe de las multas y el valor de la contribución de una empresa en el establecimiento de la práctica ilegal. La nueva comunicación en proyecto² trata de las anteriores cuestiones y prevé, por ejemplo, la dispensa total del pago de las multas para la primera empresa que aporte la suficiente información sobre un cártel no detectado como para abrir una investigación in situ; además, incrementa la precisión jurídica de cara a las empresas y mejora la transparencia general del sistema.

El brindar una recompensa clara y ventajosa a la primera empresa que colabore empieza ya a surtir efectos. Algunas empresas han solicitado la inmunidad demasiado tarde, por haberse presentado ante las autoridades menos de un día después de que sus coautores se asegurasen la posición de “primera empresa en cooperar”. La envergadura del incentivo que supone el ser la primera empresa en presentarse ante las autoridades ha quedado reflejada en la investigación llevada a cabo en Estados Unidos sobre el cártel de los electrodos de grafito, donde no se impuso sanción alguna a la empresa que solicitó la inmunidad y la segunda empresa en presentarse fue multada con 32,5 millones de dólares, mientras que las dos otras empresas tuvieron que pagar 110 millones y 135 millones de dólares respectivamente.

² N. del T.: véase nota número 1.

¿Cómo favorece un programa de clemencia el cumplimiento de la ley?

Una empresa que solicite clemencia puede aportar a las autoridades información que éstas desconocían, desvelarles la existencia de un cártel que no hubieran podido descubrir de otra forma o facilitar, mediante su confesión, la carga de la prueba a las autoridades. Por lo tanto, la clemencia, incluida la inmunidad, debería concederse a las empresas, aun cuando éstas se manifestasen después del inicio de una investigación.

En este sentido, una modificación esencial del programa estadounidense de 1993, recogida en el programa de la UE y en otros programas, es la posibilidad de aplicar la inmunidad o la clemencia una vez ya iniciada una investigación, ya que aunque existan sospechas fundadas de una infracción, la investigación puede verse facilitada, en gran medida, por una confesión acompañada de elementos de prueba precisos de primera mano. Sin embargo, puede que las condiciones para conceder la clemencia sean más severas a partir del momento en que las autoridades ya tienen noticia de la infracción. Además, las empresas que colaboren con la investigación, a pesar de no ser las primeras en presentarse, pueden gozar de cierto grado de clemencia, aunque, para mantener el incentivo de ser la primera empresa en manifestarse, el grado de clemencia debería ser mucho menor para las empresas que se presenten más tarde.

¿Cómo respaldan unas sanciones fuertes el funcionamiento de un programa de clemencia?

La gravedad de las sanciones posibles y, por lo tanto, la importancia de la reducción de las penas que puede esperarse en caso de clemencia, es un factor relevante en la lucha contra los cárteles. Por otra parte, el riesgo de tener que asumir una responsabilidad personal puede constituir, asimismo, un factor de disuasión de peso.

En cuanto a las sanciones, si éstas son demasiado débiles o se aplican con poca frecuencia, las empresas pueden no verse tentadas por el ofrecimiento de reducción. Los programas de clemencia pueden no surtir efecto hasta que las autoridades de competencia logren imponer una sanción significativa a un cártel, aunque las sanciones impuestas en instancias análogas o vecinas puedan ser un aliciente para que las empresas se presenten ante las autoridades.

Por otra parte, la posibilidad de eludir la responsabilidad o una acusación penal personal puede constituir un factor que fomente una cooperación temprana. En este sentido, otra de las importantes modificaciones del programa estadounidense consistió en prometer la inmunidad a los directivos y empleados de la empresa solicitante que cooperasen con los investigadores. Aun con todo, la experiencia de Estados Unidos, donde sólo las empresas se hallan sometidas a las leyes que regulan la competencia, prueba que la amenaza de una responsabilidad personal no es un requisito indispensable para que un programa de clemencia obre efecto.

¿Cómo gestionan los diferentes países los programas de clemencia?

Gestionar un programa de clemencia implica contar con los procedimientos necesarios para comprobar la credibilidad de la información aportada y recabar la cooperación constante de las empresas y de sus empleados. Por razones de equidad, las autoridades pueden negar la clemencia a la empresa que haya instigado un cártel o que haya coaccionado a otras empresas a participar en él. Por las mismas razones, la empresa que solicite la clemencia deberá probar su buena fe poniendo fin a su participación en la presunta infracción y, en su caso, corrigiéndola, lo que incluye la posibilidad de resarcir a las víctimas por daños y perjuicios.

Las decisiones de clemencia se aplican al final del procedimiento, para tener la certeza de que la empresa solicitante cumple la condición, requerida habitualmente, de cooperar a lo largo de todo el procedimiento. La aplicación final de la clemencia puede precisar de la intervención de otras instancias, como los tribunales o el ministerio fiscal.

Una cuestión que aún no se ha solventado es en qué medida debe depender la clemencia del valor probatorio de los elementos aportados por la empresa solicitante. Los programas de Estados Unidos y el Reino Unido no establecen una exigencia en relación con el valor probatorio, al contrario que el programa de la UE, que contempla la necesidad de aportar “elementos determinantes”.

Uno de los argumentos esgrimidos para explicar la variedad de enfoques es la diferente naturaleza de la prueba exigida en los diversos ordenamientos jurídicos. Cuando los procedimientos se basan únicamente en pruebas documentales, puede resultar particularmente importante que la empresa que solicita la clemencia aporte pruebas utilizables directamente e irrefutables (“la pistola aún humeante”). Por otra parte, Estados Unidos ha observado que prometer la inmunidad a una parte que puede servir de vínculo esencial para recabar elementos de prueba documentales determinantes ha permitido dismantelar ciertos cárteles.

Una de las objeciones que suele hacerse a la clemencia es que las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de la ley tienen por obligación el sancionar siempre, resueltamente, los incumplimientos de ésta. Sin embargo, a la hora de hacer respetar la ley, inevitablemente, hay que establecer prioridades y sopesar los costes y beneficios de las diferentes decisiones. Es posible que la eficacia en la aplicación de la ley y el cumplimiento de ésta mejoren, en general, si la clemencia concedida a algunos partícipes permite, en contrapartida, que se aplique la ley a los demás de forma más rigurosa. Aunque parezca injusto que el autor de una infracción pueda evitar las consecuencias de sus actos confesando y haciendo recaer toda la responsabilidad en otros, en casos de infracciones como las operadas por los cárteles, en las que existen varias partes, la eficacia en la aplicación de la ley puede primar sobre las anteriores consideraciones.

¿Qué protección se brinda a los testigos en los programas de clemencia?

Las autoridades encargadas de aplicar los programas de clemencia prometen una fuerte protección para las revelaciones no autorizadas. Garantizar el carácter confidencial de la información recibida es importante para las empresas que solicitan clemencia, dado que los informadores corren el peligro de sufrir represalias y su responsabilidad personal puede verse comprometida ante otras jurisdicciones. Las empresas podrían ser menos proclives a presentarse si hubiese demasiado riesgo de que la información que aportan pueda transmitirse a otras instancias. Por otra parte, gracias a la creciente cooperación, una empresa que desee ser la primera en informar a las autoridades de algo que desconocen podría llevarse una decepción al comprobar que esa información ya les ha llegado por otras fuentes. Las autoridades de competencia pueden precisar que actúan de forma independiente; esto debería incitar a las empresas a manifestarse antes y más a menudo. De hecho, muchas empresas están presentándose ya simultáneamente ante las autoridades de aquellos países que cuentan con programas de clemencia.

En resumen

Los principales aspectos del estudio sobre la utilización de la clemencia para luchar contra los cárteles pueden resumirse de la siguiente forma:

- Los programas de clemencia son necesarios para romper la ley del silencio que rodea la actividad de los cárteles.
- Los programas de clemencia producen mayores efectos cuando hacen un ofrecimiento de inmunidad claro y fiable para la primera empresa infractora que se manifieste.
- El riesgo de sanciones duras supone un incentivo para que las empresas infractoras se presenten y soliciten clemencia.
- La cooperación continua de la empresa infractora a lo largo de todo el procedimiento de investigación es una condición indispensable para que pueda beneficiarse de la clemencia.
- Es necesario ofrecer absoluta confidencialidad para proteger a los testigos en el marco de los programas de clemencia.

Para mayor información

Para obtener mayor información sobre el informe, pueden ponerse en contacto con John Clark. Tel.: (+33) (0)1 45 24 78 60 – E-mail: john.clark@oecd.org.

Documentación adicional

- **Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels, 2001**
Disponible de forma gratuita en: www.oecd.org/daf/clp/CLP_reports/Leniency-e.pdf
- **Hard Core Cartels, 2000**
Disponible gratuitamente en: www.oecd.org/daf/clp/CLP_reports/hcc-e.pdf
- **Documentación de la OCDE en materia de competencia:** www.oecd.org/daf/clp

Índice

Introducción

¿Qué razones fundamentan los programas de clemencia?

¿Qué características debe poseer un programa de clemencia eficaz?

¿Cómo favorece un programa de clemencia el cumplimiento de la ley?

¿Cómo respaldan unas sanciones fuertes el funcionamiento de un programa de clemencia?

¿Cómo gestionan los diferentes países los programas de clemencia?

¿Qué protección se brinda a los testigos en los programas de clemencia?

En resumen

Para mayor información

Documentación adicional

Este *Resumen* es la traducción de extractos de:
Using Leniency to Fight Hard Core Cartels
Du recours à la clémence pour réprimer les ententes injustifiables

© 2001, OCDE

La publicación original se encuentra a la venta en el Centro de la OCDE en París: 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France, y en www.oecd.org.

Todos los *Resúmenes* se pueden obtener de forma gratuita en el OECD Online Bookshop en www.oecd.org.

Estos *Resúmenes* han sido preparados por la unidad de Derechos y Traducción de la Dirección de Relaciones Públicas y Comunicaciones.

email : rights@oecd.org

Fax: +33 1 45 24 13 91



© OCDE, 2002

Se autoriza la reproducción del presente *Resumen*, siempre y cuando se mencionen la nota de copyright de la OCDE y el título de la publicación original arriba indicado.