



**FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA
9-10 de septiembre de 2009, Santiago, Chile**

-- Sesión 1: Uso de la clemencia para combatir los carteles --

La clemencia como la herramienta más efectiva para combatir los carteles

*Jindrich Kloub**

* Abogado de la Dirección de Carteles de la Comisión Europea (Dirección General de Competencia), se puede contactar con él actualmente en la Facultad de Derecho de la Universidad Columbia de Nueva York. Correo electrónico: jk3072@columbia.edu. Se agradecerá cualquier comentario que se desee enviar acerca de este documento. El autor desea dar las gracias a Terry Calvani, Alberto Heimler, Kirtikumar Mehta y Ewoud Sakkens por sus valiosos comentarios sobre borradores previos de este documento. Como es natural, el autor es el único responsable de cualquier omisión o imprecisión que pueda aparecer. Este documento no representa necesariamente el punto de vista del secretario de la OCDE ni el de los países miembros.

Tabla de contenidos

1. Introducción	3
2. Carteles y políticas de clemencia.....	3
2.1 La base lógica para una política de clemencia	5
2.1.1 Disuasión	5
2.1.2 Eficiencia de la aplicación.....	6
2.2 Características fundamentales de un programa de clemencia	6
2.2.1 Incentivos para los miembros de carteles	7
2.2.2 Requisitos necesarios para los solicitantes de clemencia	8
2.2.3 Tipo de información requerida de los solicitantes de clemencia	10
2.3 Requisitos esenciales para el éxito del programa de clemencia	11
2.4 Interacción entre los programas de clemencia y otras políticas	12
2.4.1 Política de sanciones (multas) y clemencia	12
2.4.2 Acuerdos y clemencia.....	13
2.4.3 Reclamaciones por daños privados y clemencia.....	14
3. Programas de clemencia en jurisdicciones seleccionadas	16
3.1 Estados Unidos	16
3.2 Comisión Europea	18
3.3 Canadá.....	19
3.4 Brasil	21
3.5 Chile	21
3.6 México.....	22
4. Convergencia de las políticas de clemencia	22
5. Conclusión	24
6. Lectura adicional	24

1. Introducción

1. Se ha calculado que los perjuicios causados por carteles ascienden a miles de millones de dólares de daños para los consumidores y la economía cada año.¹ De la misma manera, combatirlos se ha convertido en una de las principales prioridades de las autoridades de competencia de todo el mundo.

2. Uno de los principales retos planteados para su esfuerzo de aplicación es el manto de secretismo bajo el que los carteles modernos operan y que hace que sus descubrimientos y métodos de castigo con los medios de investigación tradicionales resulten difíciles. Como respuesta, las autoridades de competencia han desarrollado programas de clemencia como nueva herramienta en su lucha contra los carteles secretos, por lo que se ofrecen incentivos a los miembros de los carteles para que colaboren, denuncien el cartel y ofrezcan pruebas de su existencia a cambio de un tratamiento favorable.

3. En las jurisdicciones que los han adoptado, los programas de clemencia han resultado ser una herramienta de ejecución muy eficaz, permitiendo a las agencias de competencia destapar y castigar a carteles que no se habrían podido descubrir, así como demostrar la existencia de otros con mayor facilidad, gracias a las pruebas aportadas por los miembros de carteles que cooperan.

4. A modo de continuación del trabajo realizado por la OCDE sobre asuntos relacionados con los carteles y la clemencia², se ha preparado este documento para que sirva de contribución a la discusión sobre el uso de la clemencia en la lucha contra los carteles en el 7º Foro de Competencia Latinoamericano. Por consiguiente, el objetivo del documento es doble. En primer lugar, desea ofrecer una perspectiva general de los principios básicos sobre los que los programas de clemencia modernos se basan y debatir sobre su aplicación en los Estados Unidos (EE.UU.), Canadá y la Unión Europea (UE), jurisdicciones con mayor experiencia en la aplicación, así como en los países de Latinoamérica que los han adoptado hasta ahora. En segundo lugar, discutir los requisitos previos al buen funcionamiento de un programa de clemencia, los beneficios asociados de inmediato y la convergencia de los programas de clemencia entre varias jurisdicciones. Este documento busca servir como base para la discusión sobre el uso de la clemencia en la implantación de un sistema anticartel y como fuente potencial de información para las jurisdicciones que contemplan la adopción de un programa de clemencia o la corrección de un programa existente.

5. En cuanto al alcance del documento, aborda los programas de clemencia en general, haciendo hincapié en la clemencia empresarial. Sus proposiciones también se aplican a los casos de clemencia para los individuos, y más concretamente, se trata la relación entre los programas de clemencia y las sanciones penales individuales en la subsección 0.

2. Carteles y políticas de clemencia

6. Los carteles son acuerdos no competitivos entre competidores para establecer precios, restringir la producción, presentar ofertas colusorias, o para dividir o compartir mercados, y como tales están

¹ OECD, *Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead* (2003).

² *Private Remedies* (2007) ; *Plea Bargaining/Settlement of Cartel Cases* (2006); *Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations* (2005); *Hard Core Cartels: Third Report on the Implementation of the 1998 Recommendation* (2005); *Fighting Hard Core Cartels in Latin America and the Caribbean* (2004), *Cartels: Sanctions Against Individuals* (2003); *Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead* (2003); *Fighting Hard-core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes* (2002); *Hard Core Cartels* (2000); *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels* (1998).

considerados como las violaciones más atroces de la ley de competencia. Elevando los precios de forma artificial por encima del nivel que reinaría en condiciones competitivas, los carteles fuerzan a los compradores a pagar un precio más alto del necesario o a optar por alternativas menos adecuadas. Si bien los carteles se organizan en el nivel de fabricación o de venta, normalmente es el consumidor final el que en última instancia sufre, de una forma u otra, sus dañinos efectos.

7. Aunque resulta muy difícil calcular en términos económicos el daño exacto de los carteles, de forma general se estima que cada año causan pérdidas valoradas en miles de millones de dólares a la economía a nivel mundial. En Latinoamérica, Connor³ sitúa el volumen de ventas afectadas por carteles globales y regionales sin destapar entre 150.000 y 250.000 millones de dólares estadounidenses durante el período 1990-2007, lo que implica que a los consumidores se les cobra entre 15.000 y 25.000 millones de más.⁴

8. En consecuencia, las autoridades de competencia de todo el mundo han hecho de la lucha contra los carteles una prioridad a instaurar, imponiendo sanciones cada vez más estrictas a las empresas conspiradoras y, en algunas jurisdicciones, también a los individuos. Sin embargo, como se ha mencionado antes, los carteles modernos, conscientes de su ilegalidad, operan secretamente y participan con frecuencia en estrategias elaboradas para ocultar su existencia a las autoridades. Utilizan lenguaje cifrado, medios de telecomunicación encriptados, cuentas de correo electrónico anónimas y otras herramientas para mantenerse en secreto.⁵

9. Debido a todos estos esfuerzos, saber de la existencia de un cartel, como requisito previo para su investigación e interposición de una acción judicial, resulta muy difícil para las agencias de competencia cuando confían en los métodos de investigación tradicionales, como los estudios de mercado o las quejas por parte de los consumidores y competidores, que son esencialmente fuentes de información fuera del cartel. Por otra parte, los programas de clemencia captan fuentes de información dentro del propio cartel, aprovechando la inestabilidad inherente de una conspiración ilegal.

10. Sin embargo, hay que destacar que para ser eficaces, los programas de clemencia han de ser complementados por otros medios de investigación, para demostrar que la autoridad de la competencia tiene la habilidad de descubrir carteles por sí misma, manteniendo así el nivel requerido de incertidumbre por parte de los miembros del cartel e inducirlos a “romper filas”.

11. La práctica de ofrecer tratamiento de clemencia a cambio de revelar la existencia de un cartel la comenzó el Departamento de Justicia estadounidense en 1978, cuando adoptó su primera política de clemencia corporativa. Sin embargo, la política comenzó a dar importantes resultados sólo después de su corrección en 1993, que introdujo algunos de los elementos ahora vistos como fundamentales para la eficacia de un programa de clemencia, tales como: (i) total inmunidad automáticamente si no hay investigación previa, (ii) disponibilidad de inmunidad total incluso una vez que comience una

³ JM Connor, “*Latin America and the Control of International Cartels*”, documento preparado para la Conferencia Latinoamericana sobre Política de Competencia (São Paulo, Brasil, 4 de abril de 2008), pág. 46, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1156401>

⁴ Se calcula que, como media, los carteles elevan los precios en un 10%. Además de estos cobros excesivos, los carteles causan derroche y faltas de eficiencia, teniendo como resultado un daño global a la sociedad que representa un 20% de las ventas afectadas (*OECD, Hard Core Cartels (2000)* pág. 12).

⁵ Para ver un ejemplo de los medios que los carteles utilizan para ocultar su existencia ver la nota de prensa que acompaña a la decisión de la Comisión Europea contra los equipos de conmutación con aislamiento por gas de 2007, disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/80&guiLanguage=de>.

investigación y, (iii) protección de todos los agentes cooperantes ante procesos penales (esencial en las jurisdicciones con sanciones penales para individuos).⁶

12. Mientras que la Política de clemencia empresarial de 1978 produjo alrededor de una solicitud de clemencia al año, la revisión de la política en 1993 tuvo como consecuencia un aumento vertiginoso de las solicitudes con un promedio de más de una por mes y de ahí que se convirtiese en un importante generador de nuevos casos, permitiendo al Departamento de Justicia de Estados Unidos descubrir y procesar con éxito importantes conspiraciones internacionales, como los carteles de las vitaminas o de la lisina.

13. Inspiradas por los éxitos del programa de clemencia revisado de 1993, muchas otras jurisdicciones adoptaron su propia versión de política de clemencia, tomando como modelo el programa estadounidense, aunque modificado para ajustarse a las especificidades del marco de aplicación de cada jurisdicción. Uno de los programas más importantes es el programa de clemencia de la Unión Europea, adoptado en 1996, y revisado en dos ocasiones desde entonces, primero en 2002 y luego en 2006. Actualmente un gran número de países cuentan con políticas de clemencia que presentan diferentes grados de éxito y muchos otros están considerando su adopción. En Latinoamérica, Brasil cuenta con un programa de clemencia desde el año 2000, México desde 2006 y Chile está a la espera de adoptar uno en septiembre de 2009.⁷

2.1 La base lógica para una política de clemencia

14. Como ya se ha mencionado, el secretismo bajo el cual operan los carteles modernos hace que la detección y la interposición de acción judicial utilizando los medios de investigación tradicionales resulten difíciles, sino imposibles. Por lo tanto, inducir a los miembros de los carteles a que informen y aporten información sobre la conspiración y la evolución de sus compañeros conspiradores a cambio de un tratamiento más indulgente resulta de vital importancia para la consecución de un sistema anticartel.

15. La base lógica que subyace a la política de clemencia está normalmente considerada como doble: (i) mayor disuasión y (ii) eficacia en el cumplimiento. Debido a estas razones, a fin de cuentas, se considera de interés público que renunciar del todo o parcialmente al castigo de alguien que violase la ley, incluso cuando se trate de un hecho aislado, podría atentar contra las nociones de justicia tradicionales.

2.1.1 Disuasión

16. La disuasión del comportamiento de un cartel, uno de los principales objetivos de la aplicación de la defensa de la competencia, se logra mediante la combinación de dos factores. El primero es el nivel de sanciones (pecuniarias o penales) impuestas a violadores individuales de la ley, que, en el caso de las sanciones pecuniarias deberían ser sustanciales.⁸ El segundo es la tasa de detección, ya que cualquier

⁶ James Griffin: El programa de clemencia moderno diez años más tarde: “Resumen del programa de aplicación penal de la división antimonopolio”, presentado en la sección de la ABA (Asociación de abogados norteamericanos) de la Reunión anual sobre ley antimonopolio en el Hotel Ritz-Carlton, San Francisco, California, 12 de agosto de 2003.

⁷ Colombia se encuentra también en proceso de adopción de una nueva ley de competencia, que autoriza la implementación de un programa de clemencia.

⁸ Para una discusión adicional sobre las experiencias de los miembros de la OCDE con políticas sancionadoras de disuasión, consultar los siguientes informes de la OCDE: “Fighting Hard-core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes”, (2002) concretamente la Parte II : *Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels*, y “Hard Core Cartels: Recent challenges and progress ahead” (2003), concretamente la Sección V: *Sanctions against cartel conduct*.

infractor potencial obtendrá una disminución de la sanción prevista ante la posibilidad de ser descubierto. Las políticas de clemencia generan los mayores beneficios respecto a este factor.

17. En las jurisdicciones que cuentan con programas de clemencia funcionando con éxito, los casos comenzaron con base a una solicitud de clemencia para informar a la autoridad de la existencia del cartel, que representa un gran número de los casos totales a estudio, mientras que el proceso judicial de muchos de los iniciados sin una solicitud de clemencia se beneficia considerablemente de las pruebas adicionales aportadas por los solicitantes de clemencia tras el inicio del caso. Empíricamente, el buen funcionamiento de las políticas de clemencia se añade por lo tanto de manera sustancial al grado de detección de una autoridad de derecho de competencia determinada y, en combinación con la imposición de unas sanciones lo suficientemente altas, contribuye al nivel global de disuasión del comportamientos de cartel.

18. Además, un programa de clemencia crea un dilema del prisionero para los miembros de los carteles, ofreciendo un fuerte incentivo para que un miembro de un cartel rompa filas y escape del castigo mientras que los otros miembros reciben severas sanciones. Esto crea una gran incertidumbre ya que ninguno de los miembros del cartel puede estar seguro de que otro miembro no informe de sus actividades ilegales, por ejemplo por cambios en la gestión, maximizando de este modo la inestabilidad inherente de los carteles secretos. Tal riesgo, cuando se observa desde la perspectiva de un posible miembro de un cartel puede ofrecer una disuasión adicional para participar en comportamientos de cartel.⁹

2.1.2 Eficiencia de la aplicación

19. Un programa de clemencia permite a una autoridad antimonopolio detectar e interponer acción judicial a carteles de una forma mucho más rentable que mediante el uso métodos de los investigación tradicionales. La obtención de la información sobre la existencia de un cartel secreto directamente de uno de los miembros del cartel, en oposición a las fuentes externas, es un gran logro, ya que la autoridad no necesita ampliar esfuerzos a este respecto. Sin embargo, los programas de clemencia organizados de forma óptima necesitan también empresas solicitantes para la aportación de la información y las pruebas que permitirán a la autoridad establecer la existencia de la violación como modelo legal requerido, teniendo como resultado la consecución de un proceso judicial.

20. Además, las empresas están obligadas a cooperar con las autoridades durante la investigación y responder sin demora a cualquier pregunta o petición que les pudieran plantear. Finalmente, existen importantes restricciones de recursos debido al hecho de que, o bien la actuación judicial sobre receptores de amnistía puede ni haber comenzado (como por ejemplo en EE.UU.) o que las conclusiones de una agencia de ejecución administrativa no hubiesen sido discutidas bajo control judicial.

2.2 Características fundamentales de un programa de clemencia

21. Mientras que las políticas de clemencia varían dependiendo de la jurisdicción debido a numerosos factores, por ejemplo el cumplimiento de la defensa de la competencia puede tener carácter administrativo o probatorio, existen características elementales comunes a todos ellos. Antes de discutir estas características comunes, resulta útil explicar brevemente las características de los dos tipos fundamentales de políticas de indulgencia: (i) política de amnistía y (ii) política de clemencia.

22. Una política de amnistía, un ejemplo representativo de ella lo representa el programa de clemencia de EE.UU. (ver subsección 0 más adelante), ofrece recompensas (normalmente la total inmunidad)

⁹ Para obtener más información sobre los efectos de las políticas de clemencia en los carteles consultar p.ej. C. Aubert, P. Rey y W.E. Kovacic, “*The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels*”, (2006) 24(6) International Journal of Industrial Organization, págs. 1241-1266.

únicamente al primer solicitante. Se trata de un sistema en el que el ganador se lleva todo y los siguientes solicitantes no se pueden beneficiar de ninguna reducción de sanción. Sin embargo, como se explica detalladamente en los párrafos 29 a 31, la cooperación por parte de los miembros del cartel que perdieron la carrera por la inmunidad podría contribuir en gran manera al éxito de la investigación y del proceso judicial de un cartel. En las jurisdicciones que cuentan con una política de amnistía esto se consigue normalmente mediante el uso de acuerdos (pactos con la parte acusadora) por los que las empresas que no accedieron a la inmunidad con la clemencia pueden obtener un tratamiento favorable a cambio de admitir su culpa (o con la ausencia de disputa del caso de la autoridad) y de cooperar (para acceder a un mayor debate del uso de los acuerdos ver subsección 0 más adelante).

23. Por otra parte, una política de clemencia no sólo ofrece total inmunidad al primer solicitante sino que también ofrece reducciones de las sanciones a los siguientes solicitantes. Un ejemplo de una política de clemencia es el programa de la Comisión Europea (ver subsección 0 más adelante). El nivel de reducción para los siguientes solicitantes depende generalmente de la calidad de la cooperación y del orden en el que las empresas se presenten, o sea, el segundo solicitante en presentarse recibe una mayor reducción que el tercero y así sucesivamente. Y mientras que las jurisdicciones que cuentan con un programa de clemencia también pueden emplear acuerdos, éstos no se utilizan para continuar con la investigación (como en las jurisdicciones con políticas de amnistía) sino como mecanismo para obtener eficiencias procesales (consultar la subsección 0 para obtener información adicional).

24. A pesar de sus diferencias metodológicas, las jurisdicciones con una política de amnistía o de clemencia tienen un conjunto de objetivos y de sistemas de incentivos en común. Todos aportan, bien mediante un programa de clemencia exclusivamente (jurisdicción con política de clemencia) o en combinación con acuerdos (jurisdicción con política de amnistía) los incentivos para el primero en llegar; así como para los siguientes solicitantes que aparezcan y colaboren en la investigación. Por lo tanto, este documento no realiza distinciones, a menos que sea necesario (como cuando se debaten acuerdos), entre las políticas de clemencia y amnistía al debatir los objetivos, requisitos y prerrequisitos generales, de los programas de clemencia.

2.2.1 Incentivos para los miembros de carteles

25. El principio básico de la clemencia es que un miembro de un cartel que revela la existencia de un cartel ilegal a las autoridades es protegido, a cambio, de alguna forma ante las sanciones cuya imposición está normalmente prevista por ley. Esto incluye la total inmunidad ante cualquier sanción pecuniaria y penal o su reducción en correspondencia con el valor de la cooperación prestada.

26. Como cualquier concesión de inmunidad, la oferta de amnistía o tratamiento de clemencia a cambio de informar y poner fin a una conducta ilegal supone un incentivo para los miembros del cartel, para que abandonen y se presenten con una información que, de no ser así, las autoridades tendrían dificultades en obtener. El hecho de que sólo el primer miembro del cartel en informar reciba la mayor de las protecciones, la inmunidad ante las sanciones, induce a un comportamiento estratégico en el que cada conspirador intentará maximizar sus beneficios, de ahí que se creen condiciones para una “carrera hasta la puerta” de una autoridad de competencia.

27. Sin embargo, también es importante hacer hincapié en que los miembros informadores del cartel también se comportarán estratégicamente a la hora de tratar con la autoridad antimonopolio, ofreciendo solamente la información requerida para obtener la totalidad de los beneficios, mientras minimizan las consecuencias negativas que manan de la creación de una violación de la que formaban parte. Por lo tanto, se establecen políticas de clemencia modernas para garantizar que, mediante sanciones de renuncia impuestas al primer miembro del cartel en informar sobre la existencia de un cartel del que las autoridades no eran conscientes con anterioridad (primer solicitante), la autoridad obtiene la suficiente información y

poder como para maximizar su capacidad para procesar con éxito a los miembros restantes del cartel, satisfaciendo por consiguiente los requisitos de la justicia.

28. Esto se consigue generalmente exigiendo que el primer solicitante en comparecer ofrezca información de cierto tipo y calidad para obtener inmunidad e imprimiendo en ella una obligación de cooperación continuada con la investigación hasta su término, bajo amenaza de retirada de la inmunidad. De este modo se aumenta el valor de la contribución del primer solicitante, que deja de ser una mera revelación de un cartel y contribuye a la capacidad de cumplimiento de la autoridad para llevar a cabo una acción judicial con éxito.

29. Sin embargo, existen límites en cuanto a la utilidad de la cooperación del primer solicitante en el proceso judicial. Es poco común que dicho solicitante ofrezca información y pruebas que permitan a la autoridad de ejecución demostrar la existencia de la violación como modelo legal requerido sin la necesidad de mayor corroboración. Es posible que las pruebas adicionales necesarias se obtengan mediante el uso de las fuerzas de investigación de la autoridad de ejecución, como las inspecciones in situ, los interrogatorios, las peticiones de información por escrito y otros métodos. Es bastante frecuente, en cambio, que ninguno de estos medios de investigación produzca los resultados deseados, ya que, aunque la información aportada por el primer solicitante les permita una utilización más específica y eficaz, el descubrimiento y la recopilación de pruebas materiales siguen resultando complicados debido al carácter de secretismo del cartel. Si éste es el caso, entonces la autoridad de ejecución, a pesar de conocer la existencia del cartel, podría no ser capaz de procesarlo o, de hacerlo, sólo hasta cierto punto (p.ej. con respecto a la duración, los miembros del cartel o los productos que ocultaban).

30. Por lo tanto, para poder utilizar plenamente la contribución del primer solicitante, es esencial que haya incentivos para los demás miembros que se presenten tras el comienzo del caso, para ofrecer información que se pueda utilizar para continuar con la investigación y pruebas para corroborar los hechos alegados por el primer solicitante. El segundo solicitante es quien “crea el caso”, al aportar la corroboración necesaria.

31. Además, la posibilidad de obtener cooperación por parte de otros miembros del cartel es un hecho que presiona más al primer solicitante para que ofrezca una explicación de los hechos tan completa y veraz como sea posible. Ya que, si finalmente se demuestra que el primer solicitante oculta cualquier tipo de información que posea, la consecuencia podría ser la retirada de la inmunidad.

32. De forma similar, en los casos que no se hayan iniciado con base a la solicitud de clemencia, una agencia de competencia raramente consigue reunir las pruebas suficientes mediante las inspecciones u otros medios tradicionales. De ahí que resulte crucial que la clemencia sea una opción incluso después de que el caso haya comenzado, bien bajo forma de total inmunidad para el primer solicitante en ofrecer la información que permita demostrar la violación, o como inmunidad parcial para los solicitantes que aporten información con un valor suficiente.

33. Finalmente, la clemencia puede ir demasiado lejos, debilitando los incentivos que hacen funcionar el programa. Si es posible que demasiados miembros del cartel se beneficien de la clemencia, la amenaza de castigo disminuye, y se podrán esperar pocas solicitudes de clemencia en el futuro.

2.2.2 Requisitos necesarios para los solicitantes de clemencia

34. Una vez discutida la cuestión sobre los incentivos que un programa de clemencia debería ofrecer a los miembros del cartel para instarlos a cooperar, pasaremos ahora a las condiciones de la clemencia y los requisitos que generalmente se les piden a los solicitantes de clemencia.

35. Sin embargo, primero debería abordarse brevemente un asunto preliminar, el de la idoneidad para la clemencia. Normalmente no hay restricciones al plantear quién tiene derecho a obtener clemencia, excepto en lo que respecta a la inmunidad total para las empresas que han creado el cartel (instigadores), que condujeron a otros en el transcurso de su operación (dirigentes) o coaccionaron a otros para que participasen (agentes de presión). Algunas jurisdicciones descartan ofrecen la total inmunidad a los instigadores, dirigentes y agentes de presión¹⁰ mientras que otras sólo excluyen a los agentes de presión¹¹ o a los dirigentes¹². La opción válida es una cuestión de la política pública de la jurisdicción en particular. Sin embargo, a los instigadores, dirigentes y agentes de presión normalmente no se les deniega la posibilidad de conseguir una inmunidad parcial.

36. Pasando al tema de los requisitos que se piden a los solicitantes de clemencia, en primer lugar es necesario entender el proceso de dos fases de la concesión de clemencia. En la primera fase, se informa al solicitante, más o menos en el momento en que ofrece la información necesaria, si ésta le permite obtener la clemencia. Se puede dictar una decisión condicional a tal efecto, aportando el nivel de certeza requerido al solicitante. Sin embargo, tal decisión sólo es condicional y está sujeta a confirmación en la segunda fase, al final de la investigación o del proceso judicial, siempre y cuando el solicitante cumpla los requisitos (exigencias) que se le hayan impuesto. Mediante este proceso de dos fases la autoridad de ejecución garantiza la conformidad por parte del solicitante con cualquier obligación que desee acrecentar.

37. Las políticas de clemencia modernas normalmente imponen tres tipos de requisitos a los solicitantes de clemencia: (i) poner fin a su participación en el cartel, (ii) mantener la solicitud de inmunidad en secreto, y (iii) prestar total colaboración a la autoridad de ejecución en todos los procedimientos.

38. Los solicitantes de clemencia deben poner fin a su participación en el cartel, como muy tarde, cuando realicen la solicitud. Esto ocurre únicamente en el caso de que se trate del primer solicitante que desvela la existencia de un cartel en activo. Sin embargo, también en ese caso, la finalización inmediata de la participación podría poner en peligro el éxito de las inspecciones eventuales que la autoridad de ejecución pueda llevar a cabo, ya que una retirada súbita de un miembro del cartel podría poner en alerta a los demás miembros. Posteriormente podrían incurrir en ocultación de pruebas, disminuyendo de este modo la probabilidad de encontrar alguna prueba durante las inspecciones. Por lo tanto, una autoridad de ejecución debería optar por autorizar la participación continuada de un primer solicitante durante un tiempo razonable y sólo hasta que sea necesario para poder preparar y llevar a cabo las inspecciones.

39. Un requisito afín, que busca mantener la investigación que se ha iniciado en secreto, es que el primer solicitante no debe revelar el hecho de que ha solicitado clemencia a ninguna de las partes y en particular a los otros miembros del cartel. Además, esta obligación representa un importante objetivo incluso después de que la investigación se haya hecho pública, p.ej. después de haber realizado las inspecciones, ya que maximiza la incertidumbre de los otros miembros del cartel con respecto a la información de la que la autoridad ya pueda disponer. Si los miembros de un cartel saben quién de ellos ha sido el que ha abandonado y solicitado la inmunidad, podrían averiguar la información ofrecida a la autoridad de ejecución basándose en la estructura de comunicación del cartel. En tal caso, podrían elegir no optar a la clemencia bajo ningún concepto o adaptar sus solicitudes para ofrecer la cantidad mínima de información, a la vez que acceden a algún tipo de reducción en las sanciones. Mantener la identidad del primer solicitante en secreto hasta el final de la fase de investigación reduce las posibilidades de este tipo de comportamiento estratégico por parte de los otros miembros del cartel.

¹⁰ Como los Estados Unidos que, aparte de a los agentes de presión, excluye a las empresas que claramente lideran o instigan la conducta ilegal (ver párrafo 72).

¹¹ Por ejemplo la Comisión Europea y Canadá (ver párrafos 80 y 88, respectivamente).

¹² Por ejemplo Brasil (ver párrafo 93).

40. El último, aunque no menos importante, de los requisitos usados generalmente es la obligación de cooperación absoluta con la autoridad competente hasta el cierre del caso. Esto incluye la obligación a responder con premura a cualquier petición de la autoridad, la posibilidad de facilitar entrevistas con responsables de la empresa sin necesidad de ejercer presión alguna y otras formas de cooperación pertinentes que se ajusten al marco de aplicación de una determinada jurisdicción.

2.2.3 Tipo de información requerida de los solicitantes de clemencia

41. El tipo de información demandada normalmente varía según se trate de primeros solicitantes que revelan la existencia del cartel o de los siguientes solicitantes.

42. Con los primeros solicitantes, la autoridad de ejecución obtiene conocimiento de la existencia de un cartel del que no era consciente previamente, por lo que generalmente deseará llevar a cabo vigilancia secreta o inspecciones sorpresa como primera medida de investigación. Para poder hacer eso, será necesario que los primeros solicitantes aporten no sólo pruebas que apunten a la existencia del cartel y sus miembros sino también información de naturaleza logística para que se puedan dirigir con eficacia las medidas de investigación. Este tipo de información incluye nombres y direcciones de los individuos implicados, medios de comunicación utilizados durante la actividad del cartel, información relativa a la posibilidad de la existencia de pruebas almacenadas fuera del negocio, etc.

43. Las peticiones realizadas a los sucesivos solicitantes son normalmente más diversas. Sin embargo, debido a que cualquier reducción de las sanciones, que por otra parte pudieran imponerles, dependerá de la calidad de la cooperación y la utilidad de la información aportada, los solicitantes de clemencia se ven sometidos a cierta presión para que ofrezcan una versión de los hechos tan completa y exhaustiva como puedan, acompañada de todas las pruebas posibles.

44. La información y las pruebas se pueden aportar tanto oralmente como por escrito, dependiendo de las reglas probatorias de las distintas jurisdicciones. Por ejemplo en países que siguen el derecho consuetudinario se hace un mayor hincapié en el testimonio oral debido a las exigencias de un sistema judicial, que incluye el derecho a contrainterrogar a cualquier testigo. En las jurisdicciones con ejecución administrativa, suelen ser más comunes las versiones escritas en forma de declaraciones juradas de los individuos implicados. Junto con las versiones de los testigos, ya sean orales o por escrito, los solicitantes de clemencia deberán aportar cualquier tipo de prueba documental subyacente, como documentos de reuniones, pruebas de haber realizado viajes, agendas de personas implicadas, correos electrónicos, etc.

45. El uso de medios de comunicación y de almacenamiento electrónicos implica que los solicitantes de clemencia deben a menudo hacer la criba de un gran número de indicios para localizar pruebas potencialmente relevantes. Como la preparación de las solicitudes de clemencia normalmente está muy condicionada por el tiempo (“una carrera hasta la puerta”), puede que las empresas intenten pasar parte de su tarea de localizar pruebas a la autoridad, al incluir enormes cantidades de material totalmente irrelevante en su solicitud. Obviamente esto invalida el aumento de eficacia que la autoridad pretende obtener con el uso de la clemencia. Parece, por lo tanto, apropiado exigir que los solicitantes de clemencia “hagan sus deberes” y entreguen solicitudes de clemencia de una cierta calidad y relevancia.

46. Una política que exige una información de cierta calidad se puede mejorar con el uso de marcadores. Las solicitudes de clemencia son evaluadas en el orden en que se realizaron, por lo que es importante que los solicitantes lleguen a la puerta de la agencia antes que los otros. Sin embargo, la agencia está interesada en obtener información relevante y de la mejor calidad posible. Así que podrá decidir ofrecer más tiempo al solicitante para que recopile la información necesaria mientras mantiene su lugar en la lista, sirviéndose de un marcador y durante un período de tiempo razonable. Los marcadores son muy usados con casos de

primeros solicitantes, en los que tanto la cuestión del tiempo para el solicitante como la necesidad de la información más precisa para la autoridad son lo más importante.

47. Una cuestión importante con respecto a la información ofrecida por los solicitantes de clemencia es la confidencialidad. Normalmente hay dos dimensiones en las que la confidencialidad juega un papel. En primer lugar el campo de los secretos empresariales y otra información comercialmente sensible. Sin embargo, esto no es exclusivo de las solicitudes de clemencia. Las autoridades de ejecución cuentan normalmente con medios procesales para tratar con la protección de este tipo de información confidencial. El segundo campo en el que surgen asuntos sobre confidencialidad es el acceso de terceros a las solicitudes de clemencia. Si un solicitante de clemencia sabe que cualquier cosa que ofrezca de forma voluntaria a la autoridad pertinente puede acabar en manos de sus clientes u otras personas, esto puede hacer que no llegue a presentarse. Por lo tanto, los programas de clemencia se confeccionan normalmente para no poner al solicitante en una situación peor de la que estaría si no se hubiese presentado. La forma exacta de lograrlo depende obviamente del marco de aplicación de una jurisdicción determinada y sus normas procesales.

2.3 Requisitos esenciales para el éxito del programa de clemencia

48. El programa de clemencia es esencialmente un sistema de incentivos para que las empresas se presenten a denunciar su participación en un cartel. Como tal, ha de contraponerse a unas sanciones que son lo suficientemente elevadas como para realizar una oferta por una atractiva reducción de las mismas. De ahí que normalmente se acepte que uno de los requisitos esenciales para el buen funcionamiento de un programa de clemencia es la amenaza con la posible imposición de sanciones severas a los carteles (la relación entre la clemencia y las políticas de sanción se explora con mayor profundidad en la subsección 0).

49. De manera similar, como ya se ha mencionado, una autoridad de ejecución debería demostrar su propia capacidad para descubrir y penalizar los carteles y continuar haciéndolo incluso cuando acaba creando un programa de clemencia. Una amenaza creíble de investigación, procesual y de penalización resulta necesaria a la hora de hacer de la clemencia una opción atractiva para los miembros del cartel. Es, por lo tanto, importante que las autoridades de ejecución no confíen únicamente en las solicitudes de clemencia para generar casos sino que deben hacerlo sin las solicitudes de clemencia para mostrar la credibilidad de aplicación necesaria para el éxito prolongado de un programa de clemencia.

50. Para sacar el mayor partido tanto del nivel suficiente de sanciones como de la credibilidad de la aplicación a la hora de maximizar la efectividad de un programa de clemencia, una autoridad de ejecución debería dar a conocer los resultados de su actividad. Participar en la defensa de la competencia y construir conciencia de la severidad de las sanciones previstas legalmente, el número de empresas (e individuos) procesados y las sanciones impuestas por una parte y los beneficios que esperan los miembros del cartel que lo abandonan, por otra parte, contribuyen enormemente al éxito del programa de clemencia.

51. La certeza es otro elemento importante para el éxito de un programa de clemencia. Como ya se ha mencionado antes, al decidir si solicitan la clemencia, los miembros del cartel participan en un análisis coste-beneficio racional. Es, por lo tanto, crucial que puedan trabajar con unas compensaciones claras o, por lo menos, lo suficientemente predecibles. Es mucho lo que está en juego en el caso de un primer solicitante potencial, de ahí que es más que deseable realizar la compensación de la inmunidad más o menos automáticamente en el momento de la revelación de la existencia de un cartel (está, por supuesto, sujeta a la satisfacción de los requisitos discutidos en la subsección 2.2.2).

52. Un factor relacionado es la imparcialidad en la asignación del programa de clemencia. La autoridad competente debe ser muy cuidadosa en la forma en la que administra su política de clemencia y trata con

los aspirantes. Deben crearse procedimientos que tengan en cuenta el registro oportuno de las solicitudes de clemencia dado que realmente importa si una empresa se encuentra en primer o en segundo lugar. No es inusual que a los solicitantes se les escape la total inmunidad o una reducción importante por cuestión de horas e incluso minutos. Además, una autoridad de ejecución deberá ser imparcial en la evaluación de la cooperación con clemencia y cumplir estrictamente las condiciones establecidas en su programa de clemencia. Si, por ejemplo, las reducciones de sanción dependen del orden en el que se realizan las solicitudes, se deberá crear un sistema transparente para evaluar la cooperación que tiene en cuenta dicho orden.

53. Se debe destacar que cualquier violación de los principios de imparcialidad y certeza puede llevar al solicitante a impugnar el caso de la agencia de ejecución, invalidando de ese modo cualquier beneficio para la eficacia. Y lo que es más importante, también pondrá en peligro la credibilidad y por lo tanto el éxito del programa de clemencia a largo plazo. Las autoridades de ejecución deberán prestar sumo cuidado cuando aseguren que aplican sus políticas de clemencia en estricto cumplimiento de tales principios.

2.4 Interacción entre los programas de clemencia y otras políticas

54. Las políticas de clemencia no operan en un vacío, además de los elementos mencionados en los párrafos anteriores, también interactúan con otras políticas más amplias en el ámbito de la lucha contra los carteles: (i) política de sanciones (multas) (ii) acuerdos (a veces se les llama políticas de cierre anticipado de un caso), (iii) reclamaciones por daños privados.

2.4.1 Política de sanciones (multas) y clemencia

55. Si bien no hay un acuerdo universal con respecto a la suma de las sanciones requerida por una conducta de cartel, se acepta de forma general que su gravedad es un factor importante en el buen funcionamiento de un programa de clemencia.¹³ Cuanto mayores sean las sanciones mayor será el beneficio potencial que un solicitante puede esperar recibir por presentarse y solicitar clemencia. La conducta de cartel se penaliza normalmente con sanciones pecuniarias impuestas a las empresas (sanciones corporativas)¹⁴, sin embargo, varias jurisdicciones prevén también responsabilidad penal para los individuos involucrados en una conducta de cartel (p.ej. directivos y personal de venta) con las correspondientes sanciones (encarcelamiento y/o multas).

56. En cuanto a las sanciones pecuniarias corporativas, las empresas involucradas en un cartel son por norma general actores racionales que participan en el análisis coste-beneficio de sus acciones. Por lo tanto, si las sanciones pecuniarias potenciales no exceden los beneficios obtenidos de una conducta de cartel (o rara vez se aplican), una empresa tiene pocos incentivos para abandonar el cartel y presentarse. Debería mencionarse a este respecto que la transparencia y el carácter predecible relacionados con la suma general que se debería imponer por una violación particular, desempeñan un papel importante cuando una empresa está tomando una decisión sobre la solicitud de clemencia. Las jurisdicciones adoptan de este modo las directrices que exponen las consideraciones tomadas en cuenta a la hora de determinar la suma de la sanción y la metodología para su cálculo.¹⁵

¹³ Para más información sobre el establecimiento de multas por conducta de cartel ver “*Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions*”, abril de 2008, disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/Cartels/Fines%20report%20-%20FINAL.pdf>.

¹⁴ Con respecto a los objetivos de las sanciones corporativas y la determinación de su nivel óptimo, ver p.ej. WPI Wils, “*Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*”, (2006) World Competition Vol. 29 núm. 2, junio de 2006, disponible en <http://ssrn.com/abstract=883102>.

¹⁵ Ver por ejemplo las directrices para dictar sentencias de los Estados Unidos (parte R del *Sentencing Guidelines Manual*, pág. 302, disponible en <http://www.ussc.gov/2008guid/GL2008.pdf> o las directrices de la Comisión

57. Las sanciones penales a individuos involucrados en la conducta ilegal y una oferta correspondiente por su reducción han demostrado ser muy efectivas para inducir a la cooperación con un programa de clemencia.¹⁶ Además, pueden ser un poderoso elemento de disuasión para la actividad de cartel, ya que es mucho más probable que los responsables de la empresa consideren las consecuencias potenciales de su conducta en caso de que, no sólo las cuentas de la empresa sino sus libertades personales estén en juego.¹⁷

58. Pero resulta importante destacar que una jurisdicción con responsabilidad penal individual debe garantizar que su programa de clemencia ofrezca también protección ante sanciones penales para el personal relevante. De otra forma, una empresa, que actúa mediante sus responsables que pueden haber estado implicados en la conducta de cartel, tendrá muchas menos posibilidades de presentarse bajo clemencia. El hecho de que en la mayoría de las jurisdicciones la competencia y el cumplimiento penal sean llevados a cabo por diferentes autoridades puede requerir medidas coordinadas por los organismos competentes o incluso cambios en la ley. Sin embargo, hacerlo así es crucial para el buen funcionamiento de un programa de clemencia.

2.4.2 Acuerdos y clemencia

59. Algunas jurisdicciones cuentan con políticas que les permiten “resolver” casos de cartel.¹⁸ Esto quiere decir que pueden deshacerse formalmente de los casos en una fase inicial mediante el uso de un instrumento de política de acuerdo (acuerdos o pactos con la parte acusadora). Con este mecanismo un acusado reconoce una violación de la ley de competencia, acuerda cooperar con la autoridad y no exige, o acepta un ejercicio limitado de ciertos derechos procesuales, incluyendo a veces el derecho de apelación, a cambio de una reducción de la sanción. Tal procedimiento tiene el potencial de reducir enormemente el tiempo necesario para procesar casos de cartel, permitiendo a una autoridad de competencia el uso de sus recursos de una manera más eficaz. Además, eliminando un posible procedimiento de apelación consigue un mayor ahorro de recursos.

60. En términos generales, dependiendo de si la jurisdicción aplica una política de amnistía o de clemencia (ver párrafos 22 a 23) existen dos modelos de políticas de acuerdo, cada una interactúa de forma diferente con un programa de clemencia.

61. Primero está el modelo de pacto con la parte acusadora, que se utiliza en los EE.UU., donde hay generalmente un modelo de enjuiciamiento criminal y no se limita a los casos de carteles. Debido al hecho de que Estados Unidos aplica una política de amnistía (ver párrafos 21 a 24) y que como tal ofrece inmunidad sólo al primer solicitante (y no ofrece reducciones a los siguientes solicitantes), el pacto con la parte acusadora se usa de forma similar al de las jurisdicciones con las políticas de clemencia, que utilizan

Europea sobre el método para fijar multas, disponible en:

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901(01):EN:NOT).

¹⁶ Hay una cuestión a destacar sobre la responsabilidad penal; el tipo de pruebas en el proceso penal es mayor que en el proceso administrativo y los jueces o los jurados podrán ver con más escepticismo las declaraciones de los solicitantes de clemencia, recibiendo la impresión de que sólo sirven a sus intereses. Sin embargo, esto es un coste inevitable que debe ser sopesado junto con los grandes beneficios totales derivados de un programa de clemencia.

¹⁷ Con respecto a las sanciones penales ver p.ej. *OECD Third Report on Hard Core Cartels*, pág. 26 et seq. (Hard Core Cartels: Third Report on the Implementation of the 1998 Recommendation (2005)).

¹⁸ Para un debate en profundidad sobre el uso de acuerdos para casos de carteles, ver “*Cartel Settlements: Report to the ICN Annual Conference*,” abril de 2008, disponible en: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/Cartels/Cartel_WG_1.pdf.

los programas de clemencia (que ofrecen reducciones a los siguientes solicitantes), es decir, para obtener información y cooperación. Con tal modelo la interacción entre la clemencia y el pacto con la parte acusadora es la de complementariedad y solapamiento parcial.

62. En cuanto al segundo modelo, un ejemplo lo representa el procedimiento de acuerdo utilizado en la UE, sin embargo plantea ligeros problemas cuando se trata de la interacción con un programa de clemencia.¹⁹ Con este modelo, los acuerdos no se usan como herramienta de investigación para obtener información, ya que el programa de clemencia está diseñado para hacer eso ofreciendo reducciones a más de un solicitante (política de clemencia, volver a párrafos 21-24). En vez de eso, los acuerdos se utilizan para lograr eficiencias procesales una vez que la investigación ha concluido y el caso está en una fase que lleva a una decisión formal o a un juicio.

63. Con este modelo, la clemencia y los acuerdos sirven para diferentes propósitos principales y coexisten en paralelo, lo que crea el potencial para una interacción perjudicial. Si un mecanismo de acuerdo ofrece una reducción lo suficientemente elevada, los miembros del cartel podrían estar menos incentivados a la hora de solicitar la clemencia, ya que pueden oponerse a la investigación y luego declararse culpables de cualquier violación que la autoridad de competencia haya podido establecer. Resulta por lo tanto importante garantizar que las reducciones de clemencia sigan siendo atractivas, manteniendo por ejemplo reducciones por acuerdo relativamente bajas y ofreciendo que las reducciones tanto por clemencia como por acuerdo sean acumulativas. De esta forma, la clemencia y los acuerdos pueden funcionar de forma simbiótica, logrando cada una de ellas un objetivo distinto.²⁰

2.4.3 Reclamaciones por daños privados y clemencia

64. Las reclamaciones privadas por daños continuados como resultado de una violación de un cartel (o ejecución privada, como se llama a veces) provocan distintos problemas cuando se trata de su interacción con los programas de clemencia. En varias jurisdicciones, la víctima de una violación de la ley de competencia (p.ej. el cliente de un miembro de un cartel) puede presentar recurso por daños y perjuicios continuados como resultado de esa violación ante un Juzgado de lo Civil. Sin embargo, por el momento sólo en los EE.UU. se utilizan comúnmente las reclamaciones por daños privados. En muchos otros países son poco usuales, ya que su uso eficaz es complicado debido a la existencia de varios obstáculos procesales o sustantivos. Sin embargo, en varias jurisdicciones, por ejemplo en la UE, existen iniciativas en curso que buscan el refuerzo de las acciones privadas por daños y perjuicios, que se ven como un complemento beneficioso para la ejecución pública.²¹ Por supuesto, las acciones por daños privados pueden servir para disuadir aún más a un cartel en activo, a la vez que asegura que las víctimas de las violaciones de un cartel reciben compensación por los daños sufridos.

65. Los programas de clemencia cuentan con el potencial para promover la compensación de las víctimas de un cartel. En los EE.UU. uno de los requisitos de la inmunidad es que el solicitante compense a

¹⁹ Para una descripción detallada de la política de acuerdos de la CE ver K. Mehta & MLT Centella, "Settlement procedure in EU cartel cases", publicado en Competition Law International y disponible en: http://professorgeradin.blogs.com/professor_geradins_weblog/files/settlements_paper_mehta_and_tierno_centella.pdf

²⁰ Para un debate detallado de las similitudes y diferencias entre el pacto con la parte acusadora norteamericano y los procedimientos de acuerdo de la CE, ver A. O'Brien, "Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions", presentado en el 13º Taller anual de la UE sobre Política y Ley de Competencia, Florencia, Italia, 6 de junio de 2008, disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/235598.htm>

²¹ Se puede acceder al material preparado en el transcurso de esta iniciativa, así como a los comentarios de las partes implicadas a este respecto en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

las víctimas por su conducta ilegal. A cambio, su responsabilidad en acciones privadas está limitada a los daños reales (y no a daños triples como suele ser el caso).

66. Sin embargo, la amenaza de reclamaciones por daños privados puede frenar a una empresa que considere solicitar la clemencia si eso incrementa su exposición a la responsabilidad en procesos civiles. Si por el hecho de solicitar clemencia los miembros de un cartel se ven en una situación aún peor, en lo que respecta a acciones civiles por daños y perjuicios, en comparación con los miembros que no la han solicitado, su disposición a presentarse se reduciría significativamente. En los EE.UU., la exposición de una empresa a un proceso de reclamación por daños se suele percibir como otra mera compensación negativa que se debe incluir en el análisis de coste-beneficio para presentarse.²² El hecho de que los procesos por daños y perjuicios sean tan comunes y que los demandantes estén bien equipados con medios procesales de obtención de pruebas mediante el descubrimiento, hace que los litigios por daños privados sean más o menos inevitables una vez se haya detectado la violación. Sin embargo, la habilitación para los resultados de clemencia en los daños que no son triplicados²³, ejerce una poderosa motivación para presentarse, ya que la responsabilidad civil a menudo supera con mucho a cualquier sanción pecuniaria impuesta por ejecución pública.

67. En otras jurisdicciones las acciones privadas por daños no suelen ser viables cuando hay ausencia de descubrimientos por parte de una autoridad de ejecución de una violación, que podría utilizarse como prueba de la existencia del cartel en una sala de lo civil.²⁴ Pero aunque los demandantes puedan confiar en el descubrimiento de un acto ilegal de una autoridad de ejecución, todavía deberán probar los elementos restantes de una acción de reclamación por daños: la causalidad entre el acto y los daños y la cuantía de daños. En caso de no poder obtener pruebas para demostrar estos elementos mediante descubrimiento, pueden intentar pasar a los archivos de la autoridad de competencia. Es ahí donde la protección de la confidencialidad de las presentaciones de clemencia es muy importante para mantener el atractivo de los programas de clemencia. Si los solicitantes de clemencia potenciales saben que cualquier tipo de información y prueba que aporten bajo clemencia puede quedar disponible para los demandantes privados, su disposición a presentarse se puede reducir significativamente.

²² Ver ejemplo G.R. Spratling & D.J. Arp, “*Making the Decision: What to do When Faced with International Cartel Exposure*”, presentado en el 7º Taller Internacional conjunto de la ABA y la IBA sobre Carteles, San Francisco, 30 de enero a 1 de febrero de 2008.

²³ En los Estados Unidos, las víctimas de un cartel normalmente tienen derecho a pedir daños triples (tres veces la cantidad de los daños reales).

²⁴ Las acciones, que siguen a la investigación de una autoridad de competencia y que descubren una violación, se denominan comúnmente “acciones de continuación”. El término “acciones independientes” por otra parte se refiere a la ausencia de acciones (antes de) el descubrimiento de una violación por una autoridad de competencia. En las acciones de continuación, la víctima de un cartel puede confiar en la decisión de la autoridad de competencia que establece la existencia de un acto ilegal de manera concluyente, es decir, no hay necesidad de probar que se produjo la violación (en las acciones independientes, el demandante debe probar que la violación tuvo lugar). Sin embargo, la demostración de que se ha producido un acto ilegal es sólo un elemento de una reclamación por daños. Al amparo de los principios tradicionales de derecho de responsabilidad civil el demandante en busca de recuperación deberá probar más elementos para que su demanda tenga éxito, como la causalidad entre el acto y los daños y el alcance de los propios daños (algunas jurisdicciones incluso exigen un escrito difamatorio).

3. Programas de clemencia en jurisdicciones seleccionadas

3.1 Estados Unidos

68. La División Antimonopolios del Departamento de Justicia (DOJ) norteamericano adoptó su primera Política de clemencia en 1978 y revisó considerablemente el programa con la emisión de la Política de clemencia corporativa de 1993 y una Política de clemencia para individuos en 1994.²⁵

69. Como ya se ha mencionado, al amparo del programa norteamericano sólo se concede una clemencia (en forma de total inmunidad) por conspiración. Se puede conceder a (i) la primera empresa o bien a (ii) el primer individuo que se acerque a la DOJ en su propia representación, siempre que reúnan los criterios deseados.

70. Como el tiempo es de vital importancia, el abogado de una empresa que se presenta podría solicitar un marcador para conservar su puesto en la candidatura para la clemencia, mientras se finaliza la recopilación de información de ayuda para una solicitud.²⁶ Los marcadores sólo se otorgan durante un período de tiempo finito, la duración exacta del mismo depende de una serie de factores, como el número de empleados que deben ser entrevistados y la cantidad de documentos a revisar. Normalmente el período es de 30 días, aunque se podría ampliar si las circunstancias así lo requieren.

71. La clemencia corporativa se ofrece antes (“clemencia de tipo A”) o bien después (“clemencia de tipo B”) de que se inicie la investigación de la DOJ. De ser concedida, la clemencia de tipo A cubre a toda la empresa como figura en la solicitud y a todos los directores, responsables y empleados actuales que admitan su implicación en la violación penal antimonopolio como parte de la confesión corporativa y continúen colaborando con la investigación. En cuanto a la clemencia de tipo B, la política prevé que los directores, responsables y empleados de la empresa sean considerados como si se hubiesen acercado a la DOJ de forma individual; en cambio en la práctica la DOJ los trata de la misma forma que a los solicitantes de tipo A. La DOJ también puede acordar, y a menudo lo hace, que los antiguos directores, responsables y empleados no sean procesados, lo cual los incluye eficazmente en la cobertura de clemencia.

72. Se otorgará clemencia de tipo A a una empresa que informe sobre una actividad ilegal antimonopolio antes de que la DOJ reciba la información de la actividad por parte de cualquier otra fuente. Para poder optar a ella, la empresa deberá demostrar no ha coaccionado a otra parte para participar en la actividad y que evidentemente no lideraba la actividad ni la originó. Además, deberá reunir las siguientes condiciones:

- i. la empresa ha emprendido acciones rápidas y eficaces para poner fin a su participación en la actividad ilegal, a menos que la DOJ admita su continuidad por el interés de la investigación;
- ii. la empresa informa de la infracción pormenorizadamente y con franqueza y ofrece una cooperación total, continuada y completa a lo largo de la investigación;
- iii. la confesión de mala conducta es realmente un acto corporativo, a diferencia de las confesiones aisladas de los ejecutivos o responsables individuales;

²⁵ Disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal/leniency.htm>. Ver también: S.C. Hammond y B.A. Barnett, "*Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters (19 de noviembre de 2008)*", en <http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal/239583.htm>.

²⁶ Para optar a un marcador el abogado de una empresa debe (i) informar de que cuenta con indicios de que su cliente ha participado en una actividad de cartel, (ii) revelar la naturaleza general de la conducta descubierta, (iii) identificar el mercado involucrado en concreto y que sea suficiente para permitir a la DOJ determinar si la clemencia aún es posible e (iv) identificar al cliente. En ciertas situaciones también se dispone de marcadores anónimos, aunque sólo por un par de días.

iv. cuando sea posible, la empresa indemniza a las partes afectadas.

73. La clemencia de tipo B es posible incluso después de que la DOJ reciba la información sobre la actividad ilegal. Se otorga a la empresa que se presente primero y que opte a la clemencia con respecto a la actividad, siempre y cuando:

- i. en el momento en que la empresa se presente, la DOJ no tenga pruebas contra la empresa que probablemente puedan desembocar en una condena continuada;
- ii. la DOJ determine que la concesión de clemencia no sería injusta para otros, considerando la naturaleza de la actividad, el papel de confesión de la empresa en la actividad, y cuando la empresa se presente;
- iii. la empresa reúna las condiciones estipuladas en el párrafo anterior (72) puntos i. a iv.

74. Como ya se ha mencionado, el programa de clemencia no asegura ninguna reducción a las empresas no calificadas para la clemencia de tipo A o B. Sin embargo, los miembros del cartel que lleguen en segundo lugar o incluso posteriormente aún podrían recibir reducciones comparadas con las sanciones normalmente previstas como parte de su pacto con la acusación, siempre y cuando admitan la violación y cooperen en la investigación.²⁷

75. Dichas empresas también pueden acceder al programa de amnistía llamado “*Amnesty Plus*”, por el cual reciben una reducción adicional dentro de su pacto con la parte acusadora por la conspiración X, con el que no optan a la clemencia, siempre que informen de otra conspiración Y, por la que podrían recibir clemencia. Al amparo de *Amnesty Plus* la empresas pueden recibir un doble beneficio por presentarse y cooperar recibiendo clemencia con respecto a la conspiración Y, mientras reciben una mayor reducción de la multa recomendada por la conspiración X.

76. La DOJ cuenta también con programas de clemencia para individuos, con los que un individuo que se presenta en representación propia a informar sobre una actividad ilegal antimonopolio podrá optar a la clemencia, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- i. En el momento de presentación del individuo, la DOJ todavía no ha recibido información sobre la actividad por parte de cualquier otra fuente;
- ii. el individuo informa de la infracción pormenorizadamente y con franqueza y ofrece una cooperación total, continuada y completa durante la investigación;
- iii. el individuo no ha dirigido, iniciado ni coaccionado a ninguna parte participante en la actividad.

77. Después de que un solicitante de clemencia (empresa o individuo) se acerque a la DOJ, recibirá una carta de clemencia condicional. Si el solicitante satisface todas sus obligaciones (normalmente tras el fin de la investigación y del proceso) y se verifica su idoneidad, la DOJ emitirá una carta final confirmando la concesión de clemencia.

²⁷ La práctica de la DOJ es acordar reducciones de entre un 30 y un 35 % de media para las segundas empresas en cooperar. Las empresas que cooperen posteriormente reciben descuentos gradualmente más bajos (S.D. Hammond, “*Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations*”, presentado en la Sección de la ABA de la Reunión de Primavera sobre Ley Antimonopolio (Washington D.C., 29 de marzo de 2006), disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/215514.pdf>.)

3.2 Comisión Europea

78. La Comisión Europea (Comisión)²⁸ adoptó su primer programa de clemencia en 1996, que ha sido revisado dos veces, primero en 2002 y otra vez en 2006 cuando se adoptó la actual Comunicación sobre la clemencia.²⁹ Se aplica a carteles secretos entre dos o más competidores y cubre únicamente a las empresas, ya que la UE no aplica sanciones a los individuos que participen en la conducta de cartel.

79. De forma similar a la política estadounidense, la Comisión ofrece total inmunidad a cualquiera de los dos tipos de solicitantes:

- i. un solicitante que revele su participación en un cartel y sea el primero en aportar la información y las pruebas que permitan a la Comisión llevar a cabo una inspección específica, en caso de que, en el momento de la solicitud de inmunidad, la Comisión no cuente todavía con las pruebas suficientes como para adoptar la decisión de llevar a cabo una inspección y que no hubiese llevado a cabo dicha inspección;
- ii. si la inmunidad no se concede en la situación anterior, la Comisión ofrecerá la inmunidad de forma alternativa al solicitante que primero aporte la información y las pruebas, lo que permitirá a la Comisión encontrar una violación del artículo 81 CE, siempre y cuando la Comisión no cuente, en el momento de la presentación, con pruebas suficientes como para realizar tal descubrimiento.

80. Para optar a la inmunidad el solicitante debe reunir las siguientes condiciones:

- i. cooperar activamente, con prontitud y de manera continuada con la Comisión durante todo el procedimiento;
- ii. poner fin a su participación en el supuesto cartel de forma inmediata tras su solicitud, excepto lo que, según la Comisión, fuese razonable y necesario para conservar la integridad de las inspecciones;
- iii. cuando considere realizar la solicitud, el solicitante no debe haber destruido, falsificado ni ocultado pruebas del supuesto cartel ni haber desvelado el hecho ni ninguno de los contenidos de su solicitud potencial, excepto a otras autoridades de competencia;
- iv. el solicitante no debe haber tomado pasos para coaccionar a otras empresas para unirse al cartel o para que permanezcan en él.

81. Como el programa norteamericano, la Comunicación sobre la clemencia de la Comisión permite a un aspirante de inmunidad solicitar un marcador para conservar el puesto de su candidatura, mientras que finaliza su recopilación de información y pruebas, necesarias como ayuda en su solicitud. La Comisión concederá un marcador considerando cada caso en particular y durante un período necesario para finalizar la solicitud.³⁰ Cuando el marcador esté perfeccionado³¹ dentro del período marcado por la Comisión, y se considere que la información y las pruebas han sido presentadas en la fecha en la que otorgó el marcador.

²⁸ La Comisión Europea es la autoridad responsable de la ejecución en la Unión Europea de, i.a., el artículo 81 del Tratado CE, que prohíbe las prácticas colectivas anticompetitivas, incluidos los carteles.

²⁹ Comunicación de la Comisión sobre la inmunidad ante las multas y la reducción de multas en casos de cartel, [2006] OJ C298/17, disponible en http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html.

³⁰ Para poder optar a obtener un marcador, el solicitante debe aportar información a la Comisión sobre su nombre y domicilio, las partes del supuesto cartel, el/los producto/s afectados y el/los territorio/s, la duración estimada del supuesto cartel y la naturaleza de la supuesta conducta de cartel.

³¹ Un marcador está perfeccionado cuando el solicitante presenta la información y las pruebas requeridas para satisfacer el umbral relevante para la inmunidad.

82. Sin embargo, a diferencia de la amnistía en el sistema norteamericano, la total inmunidad no implica ausencia de proceso judicial. La Comisión aún tiene que adoptar una decisión sobre el solicitante de inmunidad, descubrir formalmente la existencia de una violación, aunque sin imponer multa alguna al solicitante.

83. Si una empresa no reúne las condiciones para lograr la total inmunidad, aún podría optar a una reducción de las multas con la Comunicación sobre la clemencia si aporta pruebas a la Comisión que representen un importante valor añadido, comparadas con las pruebas que ya posea la Comisión. Además, para estar cualificada debe satisfacer los requisitos de terminación de participación en el cartel y total cooperación, lo mismo que se pide a los solicitantes de inmunidad. El primer solicitante en ofrecer pruebas de valor añadido significativo recibirá una reducción de entre el 30 y el 50% de la multa que se le hubiera impuesto, de no ser así el segundo recibe una reducción del 20% al 30% y el tercero una reducción de hasta el 20%.

84. Si bien las pruebas refuerzan la habilidad de la Comisión para probar el supuesto cartel, de ahí que la constitución de valor añadido venga determinada en base a su naturaleza y/o nivel de detalle. Las pruebas contemporáneas junto con las directamente incriminatorias serán consideradas de mayor relevancia que las posteriores e indirectas. El grado de corroboración necesitado es también un factor y en consecuencia se atribuye mayor valor a las pruebas convincentes que necesitan corroboración, como una simple declaración.

85. La Comunicación sobre la clemencia prevé la inmunidad parcial, por la que si un solicitante de clemencia aporta pruebas que permitan a la Comisión probar más hechos, incrementando la gravedad o la duración de la violación, estos hechos adicionales no serán considerados a la hora de determinar la multa a imponer al solicitante.

86. En cuanto al procedimiento, un solicitante de inmunidad recibe una decisión condicional de concesión de inmunidad poco después de que se dirija a la Comisión. Si reúne todas las condiciones y requisitos, la Comisión otorgará, en su decisión final de demostración de la existencia de la violación, la inmunidad ante todas las multas al solicitante.

3.3 Canadá

87. El programa de clemencia de Canadá se introdujo formalmente en 2000 cuando la Oficina de Competencia de Canadá (Oficina) publicó un Boletín informativo (Boletín de 2000), estableciendo los términos del programa de inmunidad canadiense, formalizando una práctica que ha existido desde 1991. El Boletín de 2000 ha sido reemplazado por modificaciones posteriores y el programa de clemencia canadiense aplicable en la actualidad se expone en el Boletín de 2007 de la Oficina (Boletín de 2007).³²

88. Con el Boletín de 2007, un participante³³ en una actividad de cartel que no haya coaccionado a otros para que tomasen parte en el mismo³⁴, podría ser candidato a la inmunidad ante cualquier proceso penal (inmunidad total), dependiendo del cumplimiento de las condiciones exigidas, si:

- i. La Oficina no es consciente de una infracción, y la parte es la primera en revelarla; o

³² Disponible en <http://www.cb-bc.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02483.html>.

³³ Una empresa puede presentarse también en nombre de sus empleados, que podrían acercarse a la oficina en su propia representación, en cuyo caso, cada oferta de cooperación se evaluará por separado.

³⁴ El boletín de 2007 excluye a los agentes de presión a diferencia del boletín de 2000, que excluye a los dirigentes, instigadores y a aquellos que eran los únicos beneficiarios de la actividad ilegal en Canadá.

- ii. La Oficina es consciente de una infracción, y la parte es la primera en presentarse antes de que haya pruebas suficientes como para justificar el traslado del asunto a la fiscalía (Director de la Fiscalía de Canadá).

89. Para poder optar a la inmunidad de la actividad, el solicitante deberá reunir las siguientes condiciones y requisitos:

- i. Poner fin a su participación en el cartel,
- ii. Ofrecer una colaboración completa, adecuada y constante con la investigación y los siguientes procesos, que incluyen las obligaciones que se indican:
 - a. No revelar el hecho de que se ha solicitado un marcador sin el consentimiento de la Oficina;
 - b. Revelar todas y cada una de las conductas de las que se tenga consciencia, o de las que se descubran, que puedan representar una infracción de la Ley de Competencia y en las que se pueda haber participado;
 - c. Revelar de manera completa, sincera y veraz todo tipo de información, pruebas y documentos no privilegiados que posea, bajo su control o a su alcance, donde quiera que se encuentren, y que de alguna forma estén relacionados con la conducta anticompetitiva para la que se desea la inmunidad;
 - d. Garantizar la cooperación de antiguos directores, responsables y empleados, así como de los representantes actuales y antiguos;
 - e. Facilitar la opción de que directores, responsables, empleados y representantes actuales y del pasado se presten a realizar entrevistas y a dar su testimonio en procesos judiciales en conexión con la conducta anticompetitiva.

90. Si la empresa reúne los requisitos para alcanzar la inmunidad, todos sus directores, responsables y empleados actuales también estarán cubiertos si ofrecen cooperación. Los antiguos directores, responsables y empleados que ofrezcan cooperación también pueden optar a la inmunidad. Si la empresa no logra los requisitos para la inmunidad, los directores, responsables, empleados actuales o antiguos y los representantes aún podrían ser considerados para la inmunidad como si se hubiesen dirigido a la Oficina de forma individual. Para optar a ella, deberán admitir su implicación en la actividad de cartel y aportar una colaboración completa, adecuada y constante con la investigación y cualquier proceso judicial posterior.

91. Cuando un solicitante no cumple los requisitos para alcanzar la total inmunidad, pero colabora con la investigación, podrá ser considerado para algún tipo de clemencia (reducción parcial de las sanciones).

92. En cuanto al procedimiento, un aspirante puede solicitar un marcador para conservar su puesto en la candidatura para la inmunidad en base a un hipotético descubrimiento limitado que identifique la naturaleza de la conducta con respecto a un producto específico con los detalles suficientes. Si el aspirante decide seguir adelante con su solicitud, deberá facilitar una “oferta”, que conste de una descripción detallada de la actividad ilegal y además revelar la información suficiente para que la Oficina determine si puede optar a la inmunidad. Una vez que la Oficina decida que el solicitante cumple los requisitos para recibir la inmunidad, se lleva a cabo un acuerdo de inmunidad, que incluye todas las obligaciones del solicitante (la plena colaboración y las obligaciones que ya se han citado). El acuerdo de inmunidad se puede revocar en cualquier momento durante la investigación o el proceso judicial si la parte no cumple con alguno de sus términos.

3.4 Brasil

93. En Brasil se introdujo un programa de clemencia en 2000, que se revisaría en 2006. La Secretaría de Derecho Económico del Ministerio de Justicia (SDE) se encarga de administrarlo.

El programa de clemencia ofrece inmunidad total o parcial, dependiendo de si la SDE era ya consciente de la existencia del cartel o no, al primer solicitante que se presente y confiese su participación en el cartel. Las empresas que lideraron el cartel no pueden optar a la inmunidad total ni a la parcial. Se puede solicitar un marcador que conserve el puesto del solicitante en la candidatura, permitiéndole presentar más información, tiene una duración acordada de un máximo de 30 días.

94. Para que un solicitante pueda optar a la inmunidad total o parcial deberá reunir las siguientes condiciones:

- i. El solicitante deberá poner fin a su participación en la conducta ilegal;
- i. Deberá estar dispuesto a colaborar activamente con la investigación;
- ii. La cooperación implica la identificación de otros miembros de la conspiración, y en la obtención de los documentos que prueben su existencia;
- iii. En el momento en que el solicitante se presente, la SDE aún no ha reunido la información suficiente que le permita demostrar la existencia de la actividad ilegal con respecto al solicitante.

95. Conseguir la total inmunidad es posible siempre y cuando la SDE no tenga conocimiento, en el momento de la solicitud, de la existencia del cartel. Si ya fuese consciente, se podría reducir la penalización correspondiente de uno a dos tercios, dependiendo de la efectividad de la cooperación y la “buena fe” de la parte a la hora de cumplir con el acuerdo de clemencia.

96. Si bien el programa de clemencia únicamente recompensa al primer solicitante que reúna las condiciones exigidas, los miembros del cartel que han perdido la carrera por la clemencia aún podrán obtener un trato favorable a cambio de que cooperen uniéndose al programa de acuerdos adoptado en 2007.³⁵ Las empresas que deseen llegar a un acuerdo deberán admitir su culpa o alegar deseo de no litigar (*nolo contendere*). Sin embargo, cuando la investigación se ha iniciado en base a una solicitud de clemencia, es necesaria la admisión de culpa para llegar al acuerdo.

97. La clemencia protege tanto de forma administrativa como penal a los directores y encargados de la empresa solicitante si dichos individuos firman el acuerdo y satisfacen los requisitos legales. De modo parecido al programa estadounidense, existe el sistema de clemencia “*leniency plus*” para los aspirantes que no reúnan los requisitos de acceso a la clemencia en el caso que se investiga, pero que desvelen otro cartel y cumplan los requisitos de clemencia para ese segundo cartel. Dichos solicitantes recibirán la clemencia de la segunda infracción y un tercio de reducción de la multa aplicable a la primera infracción.

3.5 Chile

98. En el momento de redactar este documento, se esperaba que Chile adopte una nueva ley de competencia en septiembre de 2009. La nueva ley contiene el artículo 39 bis que mantiene un programa de clemencia con las siguientes características.

³⁵ Ver la descripción del programa de acuerdos, disponible en:
<http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7BEDB72BD5-9425-4116-889D-ED971CA94BBB%7D&ServiceInstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%7D>.

99. El primer solicitante que aporte a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) la información que lleve a probar la existencia de un cartel ilegal identificando a sus participantes, podrá quedar libre de cualquier multa (inmunidad).

100. Para poder optar a una exención de multas el solicitante deberá reunir las siguientes condiciones:

- i. Ofrecer información precisa, veraz y verificable que represente una contribución eficaz para elaborar las pruebas suficientes para crear una presentación de cargos ante el tribunal;
- ii. No revelar el hecho de que ha realizado una solicitud hasta que la FNE presente cargos o disposiciones que archiven el documento con respecto a la petición;
- iii. Poner fin a su participación en el cartel inmediatamente después de haber presentado su solicitud;
- iv. No debe haber sido el artífice de la conducta ilegal ni haber coaccionado a otros para participar en ella.

101. Una empresa que no reúna los requisitos para lograr una exención de la multa podrá solicitar una reducción de la misma, si cumple las condiciones mencionadas en el párrafo precedente y aporta información adicional a la presentada por el primer solicitante. La reducción puede llegar al 50% de la multa más cuantiosa exigida para las otras partes involucradas, al no poder éstas obtener una exención o una reducción de la misma.

3.6 México

102. En México se introdujo un programa de clemencia en 2007 mediante la enmienda de la Ley Federal de Competencia (LFCE), que es administrado por la Comisión Federal de Competencia (CFC). Ofrece reducciones de multas a los solicitantes que satisfacen los requisitos prescritos. Se puede considerar también la reducción de multas para los solicitantes que no sean los primeros en presentarse con la información, siempre que contribuyan con información para la investigación.

103. Para optar a una reducción de multa, el aspirante debe solicitarla en el transcurso de la investigación incluso después de su inicio) y reunir las siguientes condiciones:

- i. Ser el primero en aportar elementos suficientes que permitan a la CFC demostrar la existencia de un cartel (“práctica monopolística absoluta” en la terminología de la LFCE);
- ii. Prestar colaboración total y continuada a la investigación y el proceso judicial;
- iii. Poner fin a su participación en el cartel.

4. Convergencia de las políticas de clemencia

104. Como ya se ha mencionado, el éxito de la revisión de 1993 de la Política de clemencia corporativa norteamericana ha servido de inspiración a muchas jurisdicciones para que adopten sus propias versiones de un programa de clemencia. En la actualidad un gran número de países cuentan con programas de clemencia operativos, todos ellos han tomado, hasta cierto punto, como modelo, el programa norteamericano. Si bien existen numerosas similitudes entre las políticas de distintas jurisdicciones, particularmente en lo que respecta a elementos fundamentales, existen también muchas diferencias, sobre todo en cuanto a los requisitos específicos que se exigen a los solicitantes.

105. La convergencia de las políticas de clemencia de distintas jurisdicciones puede ser beneficiosa de por sí. Muchos carteles modernos son de alcance global, exponiendo a sus miembros a una responsabilidad potencial en distintas jurisdicciones. En consecuencia, la decisión de abandonar el cartel y dirigirse a solicitar clemencia es una decisión global. Una vez que el miembro del cartel decide presentarse, puede hacerlo, y a menudo lo hace, en varias jurisdicciones simultáneamente.

106. Entre los factores que una empresa considera al decidir dónde solicitar la clemencia (o si tan siquiera va a hacerlo) se pueden incluir: (i) alcance de exposición, (ii) requisitos de idoneidad, (iii) disponibilidad de un marcador, (iv) garantías de confidencialidad y (v) carácter predecible y transparencia al solicitar un programa de clemencia.³⁶

107. El grado de exposición de la empresa a la responsabilidad desempeña, obviamente, un papel fundamental a la hora de decidir el lugar en el que realizar la solicitud. Como eso depende del impacto territorial de la conducta de cartel, es un factor sobre el que un programa de clemencia puede ejercer una influencia mínima. Sin embargo, una vez que la empresa identifique en qué jurisdicciones puede ser sometido a la imposición de sanciones y determine cuáles son las cruciales, debido al grado de su exposición (la decisión depende sobre todo de la magnitud y el carácter de las sanciones potenciales), los parámetros de los programas de clemencia relevantes cobran gran importancia.

108. Una empresa estudiará primero los requisitos de idoneidad. Por ejemplo, si claramente fue la dirigente del cartel no podrá realizar la solicitud en los EE.UU. O una jurisdicción puede exigirle el cese de la participación en el cartel de manera inmediata, mientras que otra puede desear que la empresa lo posponga por una suma razonable para no hacer peligrar las inspecciones. La disponibilidad de obtener un marcador o el hecho de que la empresa deba presentar una solicitud completa desde el principio son cuestiones que influyen también en las decisiones relacionadas con el lugar de la solicitud para poder maximizar los beneficios globales. Debido a que la exposición de una empresa puede también implicar responsabilidad civil, las protecciones ante la posibilidad de que demandantes privados puedan descubrir las solicitudes de clemencia desempeñan también un importante papel. Por último, la certeza y el carácter predecible de la solicitud de un programa de clemencia, o la falta de estos factores, ejerce una enorme influencia en la decisión del lugar en el que no se va a solicitar. Si por ejemplo, los ejecutivos de una empresa que ha optado a la clemencia son posteriormente objeto de procesos penales (en contra de una recomendación de la autoridad de competencia), esa jurisdicción será muy poco atractiva para futuros solicitantes.

109. Los requisitos contrapuestos o las faltas de coherencia cruciales en los programas de clemencia de las jurisdicciones relevantes pueden forzar al aspirante a elegir si realiza la solicitud y en dónde. Obviamente ése no es un resultado óptimo, ya que tal situación podría provocar complicaciones estratégicas por las que los miembros del cartel se vean forzados a priorizar, eligiendo las jurisdicciones con las sanciones más elevadas (y obteniendo beneficios por tanto al acudir a ellas). Las similitudes de los programas de clemencia, en especial al referirse a los requisitos exigidos a los solicitantes de clemencia, reducen las complicaciones inherentes a una presentación “multijurisdiccional” y animan a las empresas a que realicen solicitudes en numerosas jurisdicciones. De manera pragmática, al alinear un programa de clemencia con los de las principales jurisdicciones, como los EE.UU. y la UE (que se parecen en todos los aspectos materiales) un país podría atraer a más solicitantes de clemencia.

110. Por lo tanto, aparte de contribuir a la mejora de los programas de clemencia, la convergencia de las políticas de clemencia genera un conjunto definido de beneficios gracias a su funcionamiento eficaz, en la medida en que reduce las complicaciones a la hora de informar sobre carteles globales en diversas jurisdicciones.

³⁶ Para acceder a un debate más amplio sobre qué tienen en cuenta las empresas al decidir si realizan la solicitud de clemencia y dónde la hacen, consultar: G.R. Spratling & D.J. Arp, “Tomar la decisión: ¿Qué hacer al enfrentarse a la exposición de un cartel internacional”, presentado en el 7º Taller Internacional conjunto de la ABA y la IBA sobre Carteles, San Francisco, 30 de enero al 1 de febrero de 2008.

5. Conclusión

111. Los carteles representan una de las violaciones más atroces de la ley de competencia, perjudicando a los consumidores y a la economía de manera global y causando miles de millones de dólares de pérdidas en todo el mundo. Luchar contra ellos es, sin embargo, complicado debido al secretismo bajo el que operan y que hace que su descubrimiento así como la interposición de una acción judicial eficaz, mediante medios de investigación tradicionales, sea una tarea complicada sino imposible. Las políticas de clemencia, que inducen a los miembros de un cartel a abandonarlo, informar de la existencia del cartel y colaborar con la investigación a cambio de la inmunidad o la reducción de cualquier sanción que habitualmente se le impondría, representan una herramienta muy efectiva, por no decir la más efectiva, en la lucha contra los carteles.

112. Sin embargo, un diseño óptimo es decisivo para su éxito. Si bien es cierto que no existe un patrón universal que garantice un buen resultado, existen varios elementos esenciales que un programa de clemencia debería tener. Se pueden resumir de la forma siguiente:

- Las agencias de competencia deben garantizar que la aplicación sea creíble y que las sanciones cuenten con un nivel lo suficientemente elevado como para realizar una oferta de reducción atractiva a los miembros de un cartel.
- La certeza, la transparencia y el carácter predecible con respecto a la solicitud de un programa de clemencia son vitales para su buen funcionamiento.
- Las autoridades de competencia deben establecer condiciones y requisitos claros para los solicitantes de clemencia, para maximizar el valor de la política de clemencia y fomentar el éxito en la investigación y proceso judicial de un cartel.
- La cooperación entre varias jurisdicciones y la convergencia de sus políticas de clemencia resultan beneficiosas para la mejora de las políticas existentes y la ampliación de su eficacia.

113. En conclusión, durante la pasada década y media, las políticas de clemencia han pasado de ser una herramienta no tradicional a convertirse en la piedra angular de aplicación moderna del sistema anticartel. En las jurisdicciones que las han adoptado, las políticas de clemencia generan la mayoría de los casos y permiten a las agencias de competencia enjuiciarlos con éxito. Empíricamente, la clemencia representa de este modo la herramienta más efectiva en la lucha contra los carteles.

6. Lectura adicional

- JM Connor, “*Latin America and the Control of International Cartels*”, preparado para la Conferencia Latinoamericana sobre Política de Competencia (São Paulo, Brasil, 4 de abril de 2008), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1156401>.
- WPJ Wils, “*Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*”, (2007) Vol. de 30 World Competition págs. 25-64, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087.
- C Aubert, P Rey and WE Kovacic, “*The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels*”, (2006) 24(6) International Journal of Industrial Organization, págs. 1241-1266.
- ICN guidelines “*Drafting and Implementing an Effective Leniency Program - Enforcement Techniques Enforcement Techniques Manual*”, disponible en http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_5th_capetown_2006/FINALFormattedChapter2-modres.pdf.

- Informes de la OCDE y más material:
 - Private Remedies (2007)
 - Plea Bargaining/Settlement of Cartel Cases (2006)
 - Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations (2005)
 - Hard Core Cartels: Third Report on the Implementation of the 1998 Recommendation (2005)
 - Fighting Hard Core Cartels in Latin America and the Caribbean (2004)
 - Cartels: Sanctions Against Individuals (2003)
 - Hard Core Cartels (2000)
 - Fighting Hard-core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes (2002)
 - Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead (2003)
 - Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels (1998)