

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2016)23

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

04-Apr-2016

Spanish - Or. English

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

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)
FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA**

Sesión II: Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas

-- Contribución de CARICOM --

12-13 de abril 2016, Ciudad de México, México

Se hace circular el documento adjunto elaborado por CARICOM PARA SU DEBATE en la Sesión II del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 12-13 de abril 2016 en México.

Contacto: Lynn ROBERTSON, Coordinadora de Relaciones Globales, División de Competencia de la OCDE [Tel: +33(0)1 45 24 18 77, Correo electrónico: lynn.robertson@oecd.org].

JT03393274

Complete document available on OLIS in its original format

This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

DAF/COMP/LACF(2016)23
Unclassified

Spanish - Or. English

FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA



**14º Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia
12-13 de abril de 2016, Ciudad de México, México**

Sesión II: Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas

PROGRAMAS DE CLEMENCIA PARA COMBATIR LOS CÁRTELES: ¿PUEDEN FUNCIONAR EN LA COMUNIDAD DEL CARIBE (CARICOM)?

-- CONTRIBUCIÓN DE CARICOM¹ --

1. Introducción

1. Una de las herramientas más importantes que utilizan las autoridades de la competencia en numerosos países para identificar y dismantelar cárteles es el programa de clemencia. Las pruebas empíricas sugieren que los programas de clemencia no solo permiten revelar información sobre cárteles desconocidos que de otro modo pasarían desapercibidos para los organismos de defensa de la competencia, sino que también pueden acortar el tiempo dedicado a investigar la actividad de los cárteles, desestabilizarlos a corto plazo y, de esta forma, reducir las tasas de formación de estos acuerdos.² El éxito de los programas de clemencia empresarial también queda demostrado con la adopción generalizada de

¹ El presente documento ha sido redactado por el Sr. Rommell Hippolyte, Economista Investigador de CCC. Las opiniones expresadas no constituyen una postura oficial de la Comisión de Competencia de CARICOM.

² Brenner, S. (2009), «An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program», International Journal of Industrial Organisation, Vol. 27, Miller, N.H. (2009), «Strategic Leniency and Cartel Enforcement», American Economic Review, Vol. 99, y Choi, Y. (2011), «An Empirical Analysis of the Corporate Leniency Programme in Korea: Its Amendment in 2005», The Korean Journal of Economics, Vol.18. No. 2.

programas de inmunidad similares en todo el mundo. En la actualidad, más de cincuenta países cuentan ya con dichos programas³.

2. A pesar del éxito de los programas de clemencia en numerosas jurisdicciones de todo el mundo, es importante señalar que en la Comunidad del Caribe (CARICOM) no existen políticas semejantes. Todas las legislaciones en materia de competencia de Barbados, Jamaica, Trinidad y Tobago y Guayana prohíben la actividad de los cárteles mediante disposiciones que declaran ilegales los acuerdos horizontales contrarios a la competencia. Sin embargo, estos países no van más allá. En vista de los efectos adversos que los cárteles, tanto nacionales como internacionales, pueden tener en las economías de los pequeños países en desarrollo, este documento aborda el marco subyacente necesario para poner en marcha programas de clemencia y analiza si dicho marco existe ya en CARICOM.

2. Actividad de los cárteles en CARICOM

3. Como se ha señalado antes, es muy difícil detectar la actividad de los cárteles y, además, sus participantes operan con absoluta discreción. Sin embargo, existen varios estudios documentados de comportamientos de cártel entre empresas competidoras en CARICOM donde se subraya la importancia de desalentar y castigar estas actividades en la región. Hasta ahora, este comportamiento se observa en jurisdicciones nacionales y entre empresas nacionales, pero no a escala regional.

4. La investigación llevada a cabo por la Fair Trading Commission de Barbados (BFTC) sobre la Shipping Association of Barbados (SAB) y sus socios representa un buen ejemplo de comportamiento de cártel detectado en la región. En 2010, la BFTC inició una investigación tras denunciarse que, en 2004, los socios de la SAB habían pactado entre ellos la aplicación de una tasa administrativa local⁴. En 2011, la investigación de la BFTC concluyó que dicho pacto contravenía el Capítulo 326C de la Ley de competencia leal (*Fair Competition Act*) de Barbados, e instaba a dejar de aplicar, con efectos inmediatos, la tasa de administración local tal y como se había venido utilizando. La SAB reconoció que su conducta representaba un «caso de fijación de precios» y que no se había valorado la gravedad de la actuación de sus socios. Por consiguiente, la SAB aceptó la decisión de la BFTC y puso fin al acuerdo adoptado en junio de 2004 concerniente a la tasa administrativa local.

5. Otro ejemplo de actividad de cárteles facilitada por las asociaciones empresariales tuvo como escenario Trinidad y Tobago, país cuya economía tiene mayor envergadura y complejidad que la de la mayoría del resto de Estados miembros de CARICOM. En 2003, la prensa se hizo eco de la fijación de precios por parte de la Baker's Association. Dado que en ese momento no existía ninguna ley que prohibiera la colusión y que esa había sido la práctica comercial de las asociaciones empresariales en el país desde hacía mucho tiempo, los socios de la Baker's Association no tenían la sensación de estar cometiendo un delito.⁵

6. Los dos ejemplos anteriores ponen de relieve la importancia de detectar y prohibir los cárteles en CARICOM. Especialmente destacable es el hecho de que, aunque los cárteles influyen negativamente al conjunto de los consumidores, se ha demostrado que los pobres sufren de manera desproporcionada los

³ Scott D. Hammond (2010), «*The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades*», Declaración ante el 24th Annual National Institute on White Collar Crime (25 de febrero de 2010), disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/255515.htm>.

⁴ Véase el resumen del caso de la Fair Trading Commission de Barbados http://www.ftc.gov.bb/index.php?option=com_content&task=view&id=226&Itemid=28.

⁵ Stewart, T. (2004), «*The Role of Competition Policy in Regional Integration: The Case of the Caribbean Community*», disponible en <https://sta.uwi.edu/salises/workshop/papers/tstewart.pdf>.

efectos de la colusión entre empresas.⁶ La población empobrecida gasta una mayor proporción de sus ingresos en productos básicos, como los alimentos. Los elevados precios como consecuencia de los cárteles, especialmente en el caso de los bienes de primera necesidad, como el pan, encarecen estos productos o hacen que sean incosteables, además de contribuir a un aumento de la pobreza. Por otro lado, los cárteles pueden impedir el acceso a los mercados o someter a explotación a pequeños empresarios que dependen de las importaciones.

7. Aunque no está relacionado con los ejemplos antes señalados, cabe destacar que los cárteles pueden influir negativamente en el crecimiento económico de los pequeños países en desarrollo, como es el caso de los miembros que integran CARICOM. La licitación colusoria plantea graves peligros cuando la contratación pública representa una parte sustancial de la actividad económica y los proyectos públicos nacionales que son vitales para el crecimiento económico, como es el caso del desarrollo de infraestructuras.⁷ La incorporación de una medida anticártel en una legislación en materia de competencia, respaldada por un programa de clemencia, podría ser una valiosa herramienta para sancionar y castigar las iniciativas de manipulación de las licitaciones públicas.

8. Tal y como se indica en este apartado, dada la importancia de abordar el problema de los cárteles, es fundamental que existan marcos jurídicos e institucionales adecuados, tanto a escala nacional como regional, para prohibir y dificultar dichas actividades en CARICOM. En el apartado siguiente se aborda la existencia o no de dichos marcos en la actualidad.

3. Marcos jurídicos e institucionales para abordar los cárteles en CARICOM

9. Actualmente, cuatro Estados miembros de CARICOM han promulgado leyes y constituido autoridades nacionales en materia de competencia. Dichos países son Jamaica, Barbados, Guayana y Trinidad y Tobago. Además de estos países, en virtud del artículo 171 del Tratado Revisado de Chaguaramas (TRC), la Comisión de Competencia de CARICOM (CCC) ha constituido una autoridad regional de la competencia para investigar y prohibir conductas anticompetitivas de carácter transfronterizo.

10. Es importante señalar que en los Estados miembros de CARICOM antes mencionados, y a escala de la Comunidad, los cárteles están prohibidos en virtud de las disposiciones relativas a los acuerdos contrarios a la competencia contenidas en la legislación existente en materia de competencia y en la letra a), punto 1, del artículo 177 del TRC. Sin embargo, la región no ha ido más allá a la hora de declarar ilegales los cárteles. No existen programas de clemencia que refuercen los instrumentos legislativos existentes en materia de competencia para prohibir las actividades de los cárteles.

11. La legislación nacional en materia de competencia de Trinidad y Tobago quizás represente una plataforma básica sobre la que se cree un programa de clemencia empresarial para el país. El artículo 19 de la Ley de prácticas comerciales leales (*Fair Trading Act*) de 2006 de Trinidad y Tobago puede calificarse de «amnistía transicional». En primer lugar, permite que una empresa que es parte o participa en un acuerdo contrario a la competencia comunique a la Fair Trade Commission (Comisión de prácticas comerciales leales) de Trinidad y Tobago (TTFTC), en el plazo de un mes a partir de la firma, los detalles de dicho acuerdo. En segundo lugar, el punto 2 del artículo 19 de dicha Ley también permite que la TTFTC

⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2013), «*The Impact of Cartels on the Poor*», Grupo Intergubernamental de Expertos, 13ª Sesión, Ginebra, 8-12 de Julio de 2013, disponible en http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd24rev1_en.pdf.

⁷ W.E. Kovacic and D. Eversley, (2007), «*An Assessment of Institutional Machinery: Methods Used in Competition Agencies and What Worked for Them*», International Competition Network, disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc368.pdf>

y la empresa suscriban un acuerdo en el que se establezcan la forma y el calendario para la retirada progresiva o la finalización del acuerdo o práctica contraria a la competencia antes de que la TTFTC solicite una orden a los tribunales por la que se prohíba dicho acuerdo. Por último, el punto 3 del artículo 19 de la Ley también establece que una empresa que no ponga fin al acuerdo o práctica contraria a la competencia en el plazo acordado con la Comisión sea condenada en juicio sumario a pagar una multa de 100.000 dólares de Trinidad (el equivalente a unos 16.666 dólares estadounidenses).

12. Aunque se trata de un marco básico a partir del cual podría desarrollarse un programa de clemencia, las disposiciones de la Ley de prácticas comerciales leales (*Fair Trading Act*) de 2006 y, en concreto, el artículo relativo a las sanciones previstas, no suponen un incentivo importante para que una empresa sea la primera en informar a la TTFTC sobre la existencia de un cártel. En el siguiente apartado se explica más detalladamente esta cuestión.

4. Marco general para los programas de clemencia en el contexto de CARICOM

4.1 Riesgos elevados de detección y cumplimiento de la legislación

13. Las autoridades de la competencia emplean diversas técnicas de investigación para detectar la actividad de los cárteles. Dichas técnicas van desde el análisis de datos para sacar a la luz comportamientos sospechosos en los mercados de productos, hasta la obtención de pruebas concluyentes de colusión, como por ejemplo, reuniones de los competidores antes o después de presentar una oferta. Con independencia de las técnicas utilizadas, es necesario que las empresas o los particulares que participen en cárteles perciban que existe un elevado de riesgo de detección y que, a falta de solicitud de clemencia, una autoridad de la competencia tomará medidas enérgicas para que se cumpla la ley. Esa percepción de ser descubiertos anima a los participantes de los cárteles a confesar su existencia, y el programa de clemencia ofrece una oportunidad para hacerlo.

14. Sin embargo, en CARICOM existen dos elementos esenciales que, quizás, expliquen las bajas tasas de detección de las actividades de los cárteles y de cumplimiento de la legislación en esta materia, tanto a escala nacional como de la Comunidad. El primer elemento se refiere a aquellos Estados miembros donde no existen acuerdos institucionales o estos son deficientes. Algunos Estados miembros no disponen de una legislación nacional en materia de competencia o de una autoridad nacional en este ámbito, o carecen de ambas. También hay Estados miembros donde existe un marco reglamentario en materia de competencia, pero que sufren déficit de recursos humanos y económicos⁸.

15. En relación con los Estados miembros de la primera categoría, actualmente no existen mecanismos a escala nacional que se ocupen de los cárteles que operan y tienen efectos adversos en los mercados nacionales y los consumidores. Esta situación plantea no solo un problema nacional, sino también de dimensiones comunitarias. En teoría, en virtud del punto 1 del artículo 175 del TRC, un Estado miembro podría solicitar que la CCC investigara un supuesto cártel con influencia transfronteriza. Sin embargo, esta solución no puede ser llevada a la práctica, ya que la CCC depende de la cooperación con las autoridades nacionales de la competencia para ayudar en la investigación de conductas empresariales transfronterizas contrarias a la competencia, y de la legislación nacional para realizar búsquedas de bienes, garantizar la comparecencia de personas para aportar pruebas, y la detección o elaboración de documentos importantes para un caso. A falta de un marco reglamentario en materia de competencia en los Estados

⁸ Gal, M. and Fox, E. (2014), «*Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience*» New York University Law and Economic Working Papers. Los autores citan como ejemplo a la BFTC, que afirma afrontar grandes retos debido a la insuficiencia de personal técnico para gestionar agendas técnicas generales y variadas.

miembros, el cumplimiento de la legislación de lucha contra los cárteles a escala transfronteriza también supone un reto.

16. En lo que respecta a los Estados miembros de la segunda categoría, la dotación insuficiente de personal técnico puede reducir el nivel de análisis que podría realizarse para detectar la actividad de cárteles. Asimismo, las asignaciones más limitadas para las autoridades de la competencia existentes en la región, en comparación con las de países más desarrollados, también contribuyen a que el número de casos investigados por estos organismos sea menor. Este problema es incluso más acusado en los casos de cárteles internacionales cuando se consideran los costes de recopilación y análisis de la información procedente de países desarrollados y de los litigios⁹. A menudo es difícil que las autoridades de la competencia con escasos recursos económicos y humanos iguallen la experiencia y los recursos de una gran multinacional, aunque tengan sólidos argumentos a favor. Ante estas limitaciones, las autoridades de la competencia de pequeños países en desarrollo, como los que integran CARICOM, podrían reasignar sus prioridades en lo que respecta a los esfuerzos de cumplimiento legal a otros ámbitos de la legislación en materia de competencia donde la detección de infracciones resulta mucho más sencilla, como en el examen de casos unilaterales o del control de las concentraciones de empresas.

17. El Segundo elemento importante que podría afectar a la detección de cárteles y al cumplimiento de la legislación de lucha contra los cárteles en la región es la falta de una cultura de la competencia.¹⁰ Esto se deduce de la norma reinante en CARICOM, donde las empresas y las asociaciones empresariales que participan en la fijación de precios o en el reparto de mercados ni siquiera son conscientes de estar cometiendo un delito. Del mismo modo, las empresas que se ven perjudicadas por los cárteles no son conscientes de que las prácticas que estos utilizan para excluirlas de los mercados son contrarias a la competencia. Otras partes interesadas de la sociedad civil, como por ejemplo, asociaciones de consumidores y medios de comunicación, tampoco son conscientes de la ilegalidad de los cárteles y de su responsabilidad de informar de dichas actividades a las autoridades pertinentes. La mayoría de las acciones de cumplimiento de la legislación que emprenden las autoridades de la competencia nacionales se basan en quejas que reciben de las empresas y de la sociedad civil. Por consiguiente, el desconocimiento que presentan dichas partes interesadas de los peligros y la ilegalidad de los cárteles exige mayor responsabilidad a unos organismos de la competencia ya de por sí deficitarios de recursos para detectar y prohibir estas actividades.

4.2 Sanciones elevadas

18. En muchos países desarrollados, la legislación y los organismos de la competencia han seguido la idea convencional de que el principal remedio para dificultar la actividad de los cárteles es la imposición de fuertes sanciones a las empresas.¹¹ Muchas jurisdicciones han establecido sanciones individuales para garantizar que los directivos reconozcan su papel en la creación o el mantenimiento de cárteles que pueden conducir a multas o penas de prisión. Si estas sanciones a empresas o particulares no son las adecuadas, los participantes en los cárteles no los denunciarán, ya que las ventajas derivadas de un programa de clemencia

⁹ Gal, M. (2009), «*Antitrust in a Globalized Economy: The Unique Enforcement Challenges faced by Small and Developing Jurisdictions*», Fordham International Law Journal, Vol. 33, Issue 1.

¹⁰ International Competition Network (2002), «*Advocacy and Competition Policy*». Informe elaborado por el Advocacy Working Group, International Competition Network Conference, Nápoles, Italia, 2002. El informe sugiere que muchos consideran que la cultura de la competencia está estrechamente relacionada con el grado de madurez de la economía de Mercado y, por consiguiente, con la experiencia de la autoridad en materia de competencia.

¹¹ Ginsburg, D. y Wright, J. (2010), «*Antitrust Sanctions*», (Competition Policy International, Vol. 6, No. 2, pp. 3-39, George Mason Law & Economics Research Paper No. 10-60, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1705701>).

son reducidas o inexistentes. De esta forma, un programa de clemencia eficaz y la aplicación de posibles sanciones elevadas suponen incentivos poderosos para que las empresas sean las primeras en revelar la existencia de un cártel.

19. A diferencia de lo que ocurre en la mayoría de países desarrollados, la estrategia que emplean los Estados miembros de CARICOM para prohibir acuerdos contrarios a la competencia y cárteles consiste en un programa de doble vertiente. De conformidad con sus respectivas legislaciones en materia de competencia, el primer recurso de las autoridades nacionales de la competencia en la región consiste en ordenar a las empresas que pongan fin a los acuerdos o prácticas contrarias a la competencia en los que participan. Este primer paso podría calificarse como una respuesta tolerante a los cárteles en caso de ser descubiertos, especialmente a los de ámbito internacional. De hecho, no representa una medida disuasoria severa, ya que una vez detectados, los cárteles pueden rediseñar sus operaciones sabiendo que, en caso de ser descubiertos de nuevo, solo se les solicitará que pongan fin a esas prácticas.

20. El segundo recurso del que disponen los Estados miembros de CARICOM para prohibir los acuerdos contrarios a la competencia es la imposición de sanciones a empresas o particulares, por orden de los tribunales nacionales, en caso de no seguir las indicaciones de poner fin a un acuerdo. Por lo que respecta a las sanciones a empresas para prohibir acuerdos contrarios a la competencia en CARICOM, estas varían de un Estado miembro a otro en términos de cuantía. En Jamaica, por ejemplo, a las empresas que incumplen la legislación nacional en materia de competencia o desobedecen alguna orden de la Jamaica Fair Trade Commission (JFTC) se les castiga con multas que no superan los 5 millones de dólares jamaicanos (o alrededor de 43.050 dólares estadounidenses).¹² Por el contrario, a las empresas de Barbados y Guayana que no ponen fin a un acuerdo o práctica contraria a la competencia en el plazo estipulado se les castiga con una multa de 500.000 dólares de Barbados (o alrededor de 250.000 dólares estadounidenses), o de hasta el 10% del volumen de negocios del ejercicio económico anterior a la fecha en que se cometió el delito¹³ y 50 millones de dólares de Guayana (o en torno a 250.000 dólares estadounidenses)¹⁴, respectivamente. Tal y como se señala en el apartado III, en Trinidad y Tobago, las empresas que no ponen fin a los acuerdos o prácticas que son contrarios a la competencia deben pagar una multa de 100.000 dólares de Trinidad (o de alrededor de 16.666 dólares estadounidenses).

21. Aunque en algunos casos las sanciones a empresas que se contemplan en CARICOM podrían parecer adecuadas para disuadir a las empresas nacionales de participar en actividades de cárteles, en la mayoría de los casos no serían apropiadas para castigar y disuadir a los cárteles internacionales que operan en la región. En Barbados, por ejemplo, las sanciones a empresas pueden ser adecuadas, ya que la multa en cuestión podría ser suficientemente severa como para disuadir de la formación de cárteles nacionales, mientras que el límite del 10% sobre la cifra de negocios¹⁵ podría desalentar o castigar de forma eficaz la formación de cárteles internacionales. Por otro lado, es improbable que la cuantía de la sanción a empresas de Trinidad y Tobago, según se establece en la legislación nacional en materia de competencia, prohíba o castigue la formación de cárteles nacionales o internacionales. Tampoco existen verdaderos incentivos para que las empresas denuncien la existencia de un cártel ante la TTFTC. De hecho, es muy probable que la actividad de los cárteles en el país no llegue a denunciarse debido a la baja cuantía de la posible sanción.

¹² Letra a), punto 1, del artículo 47 de la Ley de competencia leal de Jamaica (*Fair Competition Act*) de 1993.

¹³ Letra b), punto 2, del artículo 15 de la Ley de competencia leal de Barbados (*Fair Competition Act*) de 2002, Capítulo 236C.

¹⁴ Punto 3 del artículo 22 de la Ley de competencia y comercio leal de Guayana (*Competition and Fair Trading Act*) de 2006.

¹⁵ La legislación en materia de competencia de Barbados no indica si se trata de la cifra de negocios en cuestión o la cifra de negocios total. Esto influiría en la cuantía de la multa impuesta a una empresa que participe en acuerdos contrarios a la competencia.

22. Por lo que respecta a las multas impuestas a particulares que participan en la creación o el mantenimiento de cárteles en la región, existen diferencias en términos de alcance y cuantía. En Barbados, a un particular que no ponga fin a un acuerdo contrario a la competencia se le podría imponer una multa de 150.000 dólares de Barbados¹⁶ (o alrededor de 75.000 dólares estadounidenses), mientras que, en Jamaica, la multa para un particular no supera el millón de dólares de Jamaica (o alrededor de 8.640 dólares estadounidenses).¹⁷ En Guayana, la legislación nacional en materia de competencia sugiere que en lugar de imponer una multa, la pena para un particular que no deje de participar en un acuerdo contrario a la competencia es un año de presión.¹⁸ Por el contrario, en Trinidad y Tobago no se prevén sanciones para aquellos particulares que participen en cárteles. Por tanto, sobre la base de lo observado en las legislaciones nacionales en materia de competencia de los cuatro países, las multas a particulares en Barbados y Guayana podrían considerarse adecuadas para disuadir de la participación en actividades de cárteles en un pequeño país en desarrollo. La posibilidad de evitar estas multas también animaría a que los particulares informaran de su participación en un cártel a las autoridades nacionales de la competencia. Sin embargo, no existen incentivos poderosos para que un particular comunique su participación en un cártel en Jamaica o Trinidad y Tobago, ya que las sanciones son muy leves en el primero e inexistentes en el segundo.

23. A escala de la Comunidad, sobre la base de la letra d), punto 4, del artículo 174 del TRC, la CCC elaboró y publicó en 2015 sus Orientaciones para la aplicación de sanciones en casos de delitos de la competencia. En el caso de conductas empresariales contrarias a la competencia, como por ejemplo las actividades de cárteles, se tienen en cuenta diversos aspectos a la hora de determinar la cuantía de una multa: la volumen de negocios en cuestión de la empresa infractora, la duración de la infracción, circunstancias agravantes y atenuantes, y un límite del 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora como sanción máxima que puede imponerse. Las Orientaciones también incluyen una disposición por la que se permite que CCC imponga una multa máxima de 75.000 dólares estadounidenses a particulares que participen en un acuerdo contrario a la competencia, o exija que dichos particulares queden inhabilitados para ocupar un puesto directivo en una empresa durante un período de tiempo específico o de manera indefinida, dependiendo de la naturaleza y la duración de la infracción. Al ser examinadas, las Orientaciones parecen abordar la necesidad de aplicar sanciones más severas a las actividades de los cárteles. Algunos elementos de la Orientación son comparables a las disposiciones de la legislación nacional en materia de competencia de Barbados en lo que respecta a las multas que pueden imponerse a empresas y particulares por participar en acuerdos contrarios a la competencia. Sin embargo, a diferencia de la legislación de Barbados, el volumen de negocios utilizado para calcular la multa máxima para una empresa infractora es menos ambigua y, posiblemente, más punitiva.

4.3 *Transparencia y certidumbre*

24. Para que un programa de clemencia sea resulte eficaz es necesario que las empresas puedan predecir, con un grado elevado de certeza, el tratamiento que recibirán en caso de denunciar un cártel y las consecuencias que tendría el hecho de no denunciar.¹⁹ Por tanto, las autoridades de la competencia deben procurar asegurar que sus políticas de clemencia son claras, detalladas, se actualizan de manera periódica y se publicitan suficientemente. Los organismos deben reforzar la confianza de los solicitantes y sus representantes legales aplicando el programa de manera sistemática. Por ejemplo, en Estados Unidos, el Departamento de Justicia ha buscado la forma de ofrecer transparencia en los siguientes ámbitos de

¹⁶ Letra a), punto 1, del artículo 152 de la Ley de competencia leal de Jamaica (*Fair Competition Act*) de 2002.

¹⁷ Véase la Ley de competencia leal de Jamaica (*Fair Competition Act*) de 1993, n.º. 23 anterior.

¹⁸ Véase la Ley de competencia y comercio justo de Guayana (*Competition and Fair Trading Act*) de 2006, n.º. 25 anterior.

¹⁹ Consumer United y Trust Society International (2007), «*Study of Cartel Case Laws in Select Jurisdictions – Learnings for the Competition Commission of India*».

cumplimiento de la legislación: (1) normas para abrir investigaciones; (2) normas para decidir sobre la presentación o no de cargos penales; (3) prioridades de los procesos penales; (4) políticas sobre acuerdos judiciales; (5) política sobre la imposición de sanciones y (6) aplicación del programa de clemencia.²⁰

25. Cabe señalar en primer lugar que la elaboración y publicación de las orientaciones necesarias para que las empresas soliciten y obtengan clemencia por su participación en un cártel no debería resultar complicado para los Estados miembros de CARICOM. Existen varios modelos de políticas de clemencia en todo mundo que pueden modificarse para ajustarlas a las circunstancias del Estado miembro y de la región. No obstante, cabe señalar que algunas autoridades nacionales de la competencia de CARICOM no cuentan con un sólido historial de publicación de orientaciones procedimentales detalladas para incrementar la transparencia y predictibilidad de sus decisiones y actuaciones. Hasta la fecha, las autoridades nacionales de la competencia de Guayana y Trinidad y Tobago no han publicado orientaciones procedimentales para mejorar la transparencia de sus organismos. Aunque no es un indicador concluyente, la falta de orientaciones procedimentales detalladas para mejorar la transparencia de los organismos de estos Estados miembros indica una escasa probabilidad de que los países elaboren y publiquen orientaciones sobre programas de clemencia.

26. A diferencia de los organismos de la competencia antes señaladas, Barbados, Jamaica y la CCC han tomado medidas para elaborar y publicar diferentes documentos destinados a incrementar la transparencia de sus operaciones. Por ejemplo, hasta la fecha, la CCC ha publicado su Reglamento interno (Reglamento), Orientaciones para la imposición de sanciones y una orientación sobre el procedimiento seguido en sus investigaciones. Por lo que respecta a su Reglamento en particular, a lo largo de los años la CCC ha celebrado o participado en varios seminarios para promover las orientaciones entre las empresas, el poder judicial y los funcionarios públicos de diversos Estados miembros. Dada la voluntad de la BFTC, la JFTC y la CCC de elaborar, publicar y, cuando proceda, promover sus distintas orientaciones, es fácil imaginar que para evitar la formación de cárteles en Barbados y Jamaica, así como de aquellos que tengan efectos transfronterizos, la publicación de políticas de clemencia transparentes no entrañaría demasiada dificultad para los organismos.

4.4 Confidencialidad

27. La confidencialidad constituye uno de los elementos más importantes para la correcta aplicación de un programa de clemencia. Las autoridades de la competencia deben tener en cuenta dos aspectos principales de la confidencialidad: (1) su capacidad de proteger la identidad de un solicitante de clemencia; y (2) su capacidad para proteger la información facilitada por dicho solicitante sobre un cártel. Por lo que respecta al segundo elemento, dicha capacidad de protección disipa cualquier temor que pueda tener un solicitante de que la información que facilite a una autoridad de la competencia pueda utilizarse en su contra en acciones civiles privadas o comunicarse a otro organismo público. Cualquier riesgo o duda de que la identidad de un solicitante de clemencia pueda quedar expuesta, o de que la información facilitada pueda transmitirse a otras jurisdicciones podría reducir los incentivos para que los particulares o las empresas den un paso adelante.²¹

²⁰ Hammond, S. (2004), «*Cornerstone of an Efficient Leniency Program*», presentado en el Tal International Competition Network Workshop on Leniency Programs, Sídney, Australia, 22-23 de noviembre de 2004.

²¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2012) «*Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programme*», disponible en <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>

28. En CARICOM, la protección de la identidad de un solicitante de clemencia es, quizás, el principal aspecto que dificulta la aplicación de políticas de clemencia. Sin embargo, el problema no es la capacidad de las autoridades de la competencia en la región para mantener la confidencialidad de la identidad de un delator. Dichas autoridades disponen de mecanismos para mantener segura la información. El problema es el reducido tamaño de los Estados miembros de CARICOM, lo que significa que muy pocas empresas se reparten sus mercados de productos. Debido a la elevada concentración de los mercados y la fuerte interconexión entre las empresas de la región, puede ser fácil averiguar la identidad de un delator. Algunos analistas también sostienen que actuar como delator puede conducir a la exclusión social e incluso quizás a agresiones físicas o la muerte.²² La elevada probabilidad de que pueda deducirse la identidad de un delator, junto con las posibles repercusiones de facilitar información a la autoridad de la competencia, reducen por tanto los incentivos para que las empresas o los particulares soliciten clemencia en CARICOM.

5. Conclusión y modo de proceder en CARICOM

29. En el caso de los pequeños países en desarrollo, como los que integran CARICOM, los cárteles pueden frenar el crecimiento económico y tener efectos adversos desproporcionados en la población empobrecida. Este documento revisa la aplicabilidad de los programas de clemencia en la región de CARICOM a fin de respaldar la labor que realizan las autoridades de la competencia existentes a escala nacional y regional para detectar y sancionar la actividad de los cárteles. En el análisis se tienen en cuenta cuatro elementos esenciales que son necesarios para aplicar un programa de clemencia desde una perspectiva regional. Dichos elementos son los siguientes: (1) elevadas tasas de detección y cumplimiento de la legislación de los cárteles por parte de las autoridades de la competencia en la región sin la existencia de políticas de clemencia; (2) imposición de fuertes sanciones a los participantes en los cárteles para promover la cooperación voluntaria con las autoridades nacionales de la competencia o la CCC; (3) nivel elevado de transparencia y predictibilidad respecto al tratamiento que recibirían las empresas en caso de denunciar un cártel; y (4) estricta confidencialidad para los solicitantes de clemencia y de la información facilitada.

30. Sobre la base del análisis realizado, se recomienda que la región trate de reforzar los elementos necesarios para aplicar un programa de clemencia antes de considerar la implantación de dichas políticas. Por ejemplo, es necesario reconsiderar el primer recurso de las autoridades nacionales de la competencia de CARICOM para evitar los acuerdos contrarios a la competencia, que consiste en solicitar a las empresas o particulares que abandonen dichas prácticas. Esta estrategia no frenará adecuadamente las actividades de los cárteles a escala nacional o internacional que tengan efectos adversos en los mercados locales.

31. Por lo que respecta a las sanciones impuestas a los participantes en los cárteles que no pongan fin a sus acuerdos o prácticas, da la impresión de que los encargados de redactar las leyes en materia de competencia en los Estados miembros tienen una visión limitada de su aplicación. Las leyes nacionales en materia de competencia parecen estar destinadas principalmente a subsanar infracciones nacionales y no contemplan el contexto de un mundo globalizado, en el que los cárteles internacionales pueden tener efectos tan adversos en los mercados locales como los cárteles nacionales. Por tanto, urge actualizar la mayoría de las multas por acuerdos contrarios a la competencia contempladas en las legislaciones nacionales en esta materia. Dicha actualización consistiría en agravar las sanciones para los cárteles tanto nacionales como internacionales, especialmente en Jamaica y Trinidad y Tobago. En el caso de Barbados, debería estudiarse la aplicación de un límite del 10% del volumen de negocios «total o mundial» de una empresa, en lugar de simplemente un 10% de su «volumen de negocios». De esta forma se eliminaría la ambigüedad, ya que en su forma actual el límite posiblemente se refiera al volumen de negocios «en cuestión», lo que supondría una sanción más reducida que si se utilizara el volumen de negocios total. Esto último resultaría más prohibitivo para los cárteles internacionales.

²² Stewart n.º 11 anterior y comentarios de Jamaica sobre programas de clemencia en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, n.º 6 anterior

32. Por lo que respecta a la detección de cárteles y el cumplimiento de la legislación, lo más probable es que los Estados miembros de CARICOM sigan sufriendo déficits de recursos económicos y humanos. Una solución provisional para dichos países sería la celebración de acuerdos de cooperación con disposiciones de cortesía positiva.²³ Estos acuerdos bilaterales permitirían que las autoridades de la competencia de países desarrollados informaran a los países de la región de la obligatoriedad de cumplir la legislación en materia de competencia en lo que respecta a actividades de cárteles nacionales que afecten a sus intereses esenciales. En efecto, estas notificaciones mejorarían la capacidad de las autoridades nacionales de la competencia en la región para detectar cárteles nacionales e internacionales. Los acuerdos de cooperación bilaterales también permitirían que los países de la región solicitaran información no confidencial a las autoridades de la competencia en los países desarrollados, y abren una línea de comunicación para debatir técnicas de investigación y otras cuestiones relacionadas con la competencia. A este respecto, ya se ha celebrado el Acuerdo de Asociación Económica entre el Foro del Caribe (y la Unión Europea (CARIFORUM-UE)²⁴, que incluye una disposición para la cooperación en materia de cumplimiento de la legislación en el capítulo dedicado a la competencia. De manera similar, en el marco de las negociaciones para la celebración de un acuerdo de libre comercio entre CARICOM y Canadá, se está estudiando un acuerdo de cooperación entre las autoridades de la competencia de los respectivos países signatarios. Una estrategia válida a corto plazo podría consistir en celebrar el mayor número posible de acuerdos bilaterales de cooperación con los principales socios comerciales.

33. Otra estrategia para mejorar la tasa de detección de la actividad de cárteles y el cumplimiento de la legislación (especialmente cárteles nacionales) consiste en reforzar la cultura de la competencia en la región, principalmente a través de más iniciativas de promoción y programas educativos. Dada la importancia del cumplimiento de la legislación de lucha contra los cárteles a escala nacional y regional, es necesario trazar una estrategia comunitaria para tratar de incrementar la información y la educación en materia de legislación de la competencia. Dicha estrategia debería ir dirigida a las empresas, la sociedad civil, los medios de comunicación y los funcionarios públicos del conjunto de la región.

34. Por lo que respecta a la transparencia de los organismos, tal y como se ha señalado antes, la labor dista de ser complicada. No obstante, puede que la falta de documentos publicados por algunas autoridades nacionales de la competencia para promover la transparencia de los organismos no infunda confianza en el sector empresarial de algunos Estados miembros en lo referente a la predictibilidad de sus procedimientos. En cambio, la CCC ha elaborado y publicado un Reglamento y orientaciones para la aplicación de sanciones en delitos de la competencia. El organismo también ha creado una serie de orientaciones para llevar a cabo las investigaciones. Ya se ha prestado asistencia técnica a la autoridad nacional de la competencia de Guayana para que el país redacte su propio reglamento. Por tanto, cabe la posibilidad de que la CCC preste también asistencia a otras autoridades de la competencia en la región para la elaboración de documentos similares.

35. Por último, mantener la confidencialidad de las identidades de los solicitantes quizás sea el aspecto más complejo de la ejecución de programas de clemencia efectivos en la región. Esta dificultad no se deriva de la capacidad de los organismos de la competencia de mantener la confidencialidad de la información, sino de la elevada concentración de los mercados de productos en CARICOM, y la facilidad con la que otros participantes en los cárteles pueden averiguar la identidad de un solicitante. Debido a este problema, una estrategia válida para la región sería participar en debates con otros pequeños países en

²³ Debería ser una estrategia provisional debido a la difícil tarea de tratar de cerrar acuerdos de cooperación bilaterales con todos los principales socios comerciales de la región. Una estrategia más a largo plazo incluiría la defensa de un modelo multilateral de cumplimiento de la legislación en materia de competencia, como por ejemplo, a través de la Organización Mundial del Comercio.

²⁴ El Foro del Caribe (CARIFORUM) está compuesto por los Estados miembros de CARICOM y la República Dominicana.

desarrollo que ya aplican políticas de clemencia, a fin de encontrar la forma de superar estas dificultades. Por ejemplo, al igual que todos los Estados miembros de CARICOM, Mauricio entra en la categoría de pequeño Estado insular en desarrollo (PEID).²⁵ Por tanto, comparte muchas de las características de los países de la región.²⁶ No obstante, aunque en 2009 constituyó su propia autoridad de la competencia, el país ya contaba con un programa de clemencia. En 2012, también tomó varias medidas legislativas para mejorar el programa que condujeron a su primera solicitud de clemencia en 2014.²⁷ Por tanto, la experiencia de Mauricio demuestra que, aunque puede haber dificultades para poner en marcha un programa de clemencia efectivo en la región, no es un reto imposible de superar.

²⁵ Listado de organizaciones educativas, científicas y culturales de las Naciones Unidas, disponible en <http://www.unesco.org/new/en/natural-sciences/priority-areas/sids/about-unesco-and-sids/sids-list/>

²⁶ Según las estadísticas del Banco Mundial de 2013, el producto interior bruto per cápita de Mauricio era inferior a la media de los siete países de la Organización de Estados del Caribe Oriental. Sin embargo, la densidad de población del país casi duplica la de este grupo de países y casi iguala a la de Barbados.

²⁷ La Comisión de la Competencia de Mauricio (Competition Commission of Mauritius) ha recomendado la imposición de multas de aproximadamente 487.000 euros y 158.000 euros a Phoenix Beverages Ltd y Stag Beverages, respectivamente, por su participación en un cartel. Phoenix solicitó clemencia y consiguió una reducción de la multa.