

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2016)34

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

08-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 Los Estados Unidos --

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

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Los Estados Unidos 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]

JT03393742

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)34
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

-- CONTRIBUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS --

1. Visión general de la Política de clemencia de los Estados Unidos

1. La Política de clemencia de la División Antimonopolio del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos («Política de clemencia») es el instrumento de investigación más importante para detectar y disuadir la actividad de los cárteles. Las personas físicas y jurídicas que denuncian una actividad relacionada con cárteles y cooperan en la investigación de la División sobre la conducta de los cárteles denunciados pueden evitar condenas, multas y penas de cárcel si reúnen los requisitos del programa.

2. La primera versión de la Política de clemencia la División Antimonopolio se elaboró en 1978. Se partía del concepto básico de que los Estados Unidos ofrecían protección contra enjuiciamiento a toda empresa que denunciara su participación en una conducta de cártel y que cooperara en contra de los otros miembros del cártel. Sin embargo, durante los primeros quince años, se dio muy poco uso a esta Política de clemencia, que resultó claramente ineficaz en la detección de cárteles a gran escala.

3. En 1993 la División Antimonopolio revisó su Política de clemencia corporativa para aumentar los incentivos de las empresas ante la denuncia de su implicación en este tipo de conductas. La División aplicó tres cambios importantes al programa inicial: (1) la clemencia sería automática para las empresas que cumplieran los requisitos si la División no había recibido todavía ninguna información sobre el cártel; (2) la clemencia sería posible aunque la cooperación se iniciara cuando la División ya dispusiera de información sobre el cártel, y (3) la clemencia se ofrecería a todos los responsables, directivos y empleados de la empresa en aquel momento que cooperaran, siempre que cumplieran los requisitos del programa. Dichas modificaciones hicieron que la Política de clemencia fuera más predecible y transparente, en un esfuerzo por incentivar que las empresas denunciaran actividades delictivas en que se hubiesen visto implicadas.

4. La Política de clemencia revisada ha sido todo un éxito. Se ha convertido en el instrumento de investigación más útil de la División, ha recaudado miles de millones de dólares en sanciones corporativas a los conspiradores y ha desestabilizado cientos de cárteles. Desde 1993 la Política de clemencia no ha experimentado cambios importantes; la División se ha limitado a aplicar modificaciones y aclaraciones menores en caso necesario.

2. Propósito de la Política de clemencia

5. El propósito de la Política de clemencia es detectar conductas de cártel, disuadir estas conductas y desestabilizar los cárteles. La División diseñó específicamente la Política de clemencia para incentivar que las empresas denunciadas implicadas cooperasen por completo en la investigación de la División. La Política de clemencia es importante porque permite a la Fiscalía de los Estados Unidos: (1) acceder a la información a través de los participantes de los cárteles; (2) llevar a cabo investigaciones encubiertas en el cártel; (3) acceder a documentación y a testigos con independencia de su ubicación; (4) reducir los recursos necesarios para enjuiciar con eficacia al cártel; (5) poner término al cártel, y (6) lograr indemnizaciones para las víctimas del delito.

6. La Política de clemencia estipula que la División asegura la clemencia —lo cual significa que no se perseguirá penalmente a la empresa por la actividad anticompetitiva denunciada— a las empresas que informen de actividades anticompetitivas ilegales bajo una serie de condiciones. La División Antimonopolio dispone de una web para este programa. En esta web se puede encontrar la Política de clemencia, respuestas a preguntas frecuentes sobre el programa, modelos de petición de clemencia, información de contacto y discursos pronunciados por el personal de la División sobre las políticas, las prácticas y los procedimientos de la División Antimonopolio en torno a la Política de clemencia.

3. Clemencia para empresas que cooperan tras la primera solicitud de clemencia

7. Con arreglo a su Política de clemencia, los Estados Unidos no otorgan clemencia a las empresas que solicitan clemencia *a posteriori*. En aras de la claridad, de acuerdo con la Política de clemencia, la División Antimonopolio no enjuiciará a la primera empresa que denuncie un cártel y cumpla las condiciones estipuladas, que admita por completo su papel en la conspiración, que identifique a los conspiradores y los actos de conspiración, y que coopere de forma completa y oportuna. En los Estados Unidos solo una empresa de cada cártel podrá acogerse a la clemencia.

8. En otras jurisdicciones, sin embargo, los programas de clemencia ofrecen inmunidad total en las sanciones a la primera empresa que denuncia haber tenido un comportamiento contrario a la competencia, mientras que las empresas que se suman al proceso *a posteriori* y no pueden acogerse a la inmunidad total pueden beneficiarse de una exoneración parcial de las sanciones.

9. En los Estados Unidos, tras la primera solicitud de clemencia, puede suceder que otra empresa dé un paso adelante y se ofrezca a cooperar; en este caso, se le puede ofrecer una sentencia de conformidad para mitigar las consecuencias de su mala conducta, pero este proceso no se contempla en la Política de clemencia. La División Antimonopolio insta a las empresas a la pronta aceptación de su responsabilidad y a una cooperación pertinente, y tiene en cuenta su proceder cuando redacta su recomendación de sentencia dirigida a los órganos judiciales sobre las empresas y los directivos infractores.

10. La Política de clemencia no prevé reducciones predeterminadas de las sanciones para los solicitantes sucesivos, porque la División Antimonopolio valora en cada caso el momento en que se produce la cooperación y su duración. Para recibir una rebaja sustancial en una sanción corporativa, la División Antimonopolio considera que no basta con simplemente expresar la intención de cooperar, aunque se exprese en una fase temprana de la investigación. La División Antimonopolio recomendará significativas rebajas en las

sanciones penales para las empresas que hagan avanzar de forma significativa la investigación ayudando a la División Antimonopolio a investigar y enjuiciar los delitos contrarios a la competencia. Si la cooperación de las empresas no aporta mucho valor a la investigación, no recibirán esa consideración y la División Antimonopolio les impondrá sanciones más elevadas, según determina el capítulo 8 de las Directrices para la Formulación de Sentencias (*Sentencing Guidelines*) de los Estados Unidos.

11. En sus recomendaciones de sentencia, la División Antimonopolio tiene en cuenta el valor de la cooperación recibida, no simplemente el orden por el que las empresas cooperan en la investigación. Naturalmente, las empresas que aceptan con prontitud su responsabilidad y empiezan a cooperar rápidamente tendrán más oportunidades de brindar una asistencia sustancial al caso. En cambio, las empresas que retrasan su aceptación de responsabilidad y su cooperación es menos probable que aporten información valiosa a la División Antimonopolio. Con todo, las empresas que se suman más tarde al proceso de cooperación siguen pudiendo mitigar las consecuencias de su mala conducta y su contribución puede ser sustancial (sucede a menudo) porque amplían el alcance de la investigación o informan de una conspiración completamente nueva. Si una empresa que se incorpora más tarde a la cooperación aporta datos sustanciales, la División Antimonopolio lo tendrá en cuenta en su recomendación de sentencia.

4. Acceso a la clemencia

12. Las empresas pueden acogerse a la clemencia antes o después de que la División inicie la investigación del caso. La Política de clemencia corporativa prevé dos tipos de clemencia: la de tipo A y la de tipo B. Para acceder a la clemencia de tipo A, la División no tiene que haber recibido información alguna sobre la actividad por parte de ninguna fuente. En cambio, a la de tipo B se puede acceder una vez que la División ya ha recibido este tipo de información. A continuación se detallan los criterios para cada tipo de clemencia.

4.1 Clemencia previa al inicio de la investigación («clemencia de tipo A»)

13. La División Antimonopolio asegurará la clemencia a toda empresa que denuncie una actividad anticompetitiva ilegal antes de que se haya abierto investigación al respecto si la empresa cumple las seis condiciones siguientes:

1. En el momento en que la empresa dé el paso, la División no debe haber recibido información alguna de ninguna otra fuente sobre la actividad en cuestión.
2. Al tener conocimiento de los hechos, la empresa debe haber emprendido acciones rápidas y eficaces para la terminación de su participación en la actividad.
3. La empresa debe informar de la infracción de forma pormenorizada y con franqueza, y debe ofrecer a la División una cooperación total, continuada y completa en el transcurso de la investigación.
4. La confesión de la infracción debe ser realmente un acto corporativo, en contraposición a las confesiones aisladas de directivos o responsables que actúan a título individual.
5. Siempre que sea posible, la empresa debe indemnizar a las partes afectadas.
6. La empresa no debe haber coaccionado a terceras partes para que participasen en la actividad y no puede haber sido la líder ni la incitadora de la actividad.

14. Puede darse el caso de que la empresa no cumpla estas seis condiciones para la clemencia de tipo A, pero que sí cumpla las de la clemencia de tipo B.

4.2 *Requisitos alternativos para la clemencia («clemencia de tipo B»)*

15. Una empresa podrá acogerse a la clemencia aunque la División ya haya recibido información sobre la actividad anticompetitiva ilegal, con independencia de que sea antes o después de que la División Antimonopolio haya abierto formalmente una investigación, si la empresa cumple las condiciones siguientes:

1. La empresa debe ser la primera en dar el paso y debe cumplir los requisitos para la clemencia con respecto a la actividad.
2. En el momento en que la empresa se presente, no deben obrar en poder de la División pruebas que inculpen a la empresa y que puedan traducirse en una sentencia condenatoria.
3. Al tener conocimiento de los hechos, la empresa debe haber emprendido acciones rápidas y eficaces para la terminación de su participación en la actividad.
4. La empresa debe informar de la infracción de forma pormenorizada y con franqueza, y ofrecer a la División una cooperación total, continuada y completa que permita que la División avance en su investigación.
5. La confesión de la infracción debe ser realmente un acto corporativo, en contraposición a las confesiones aisladas de los directivos o responsables que actúan a título individual.
6. Siempre que sea posible, la empresa debe indemnizar a las partes afectadas.
7. La División debe poder determinar que la concesión de clemencia no es injusta para terceros, considerando la naturaleza de la actividad, el papel en la actividad de la empresa que confiesa y el momento en que la empresa da el paso.

5. **Marcadores**

16. La División Antimonopolio es consciente de que cuando un abogado corporativo accede a información sobre un posible acto delictivo contrario a la competencia, el personal autorizado de la empresa puede no tener en su poder la información suficiente para determinar si la empresa ha incurrido en dicho incumplimiento, lo cual es una condición necesaria para obtener la carta de clemencia condicional. Sin embargo, el tiempo en este caso es de vital importancia, porque la División Antimonopolio solo concede clemencia corporativa por conspiración a una única empresa. La empresa emprende, pues, una carrera por la clemencia con el resto de conspiradores e incluso contra sus propios empleados, que pueden estar preparando una solicitud independiente de clemencia individual.¹ En ciertas ocasiones, el solicitante de clemencia se adelanta a una segunda empresa por solo unas horas. Por todo ello, la División ha establecido un sistema de marcadores para mantener el puesto de una candidatura para la clemencia mientras se finaliza la recopilación de información que ha de respaldar la solicitud.

¹ En 1994 la División Antimonopolio instituyó su Política de clemencia para individuos, aplicable a cualquier persona que acuda a la División en nombre propio, no dentro de una presentación o confesión corporativa, para solicitar clemencia a cambio de ofrecer información sobre una actividad anticompetitiva ilegal de la que la División no tuviera conocimiento hasta ese momento.

17. En la etapa de concesión de marcador no es preciso confirmar el acto delictivo contrario a la competencia. Sin embargo, para optar a un marcador, la empresa sí debe informar de que cuenta con información no pública o indicios de un posible acto delictivo contrario a la competencia; por ejemplo, acuerdos relacionados con fijación de precios, colusión en un procedimiento de licitación, restricciones de producción, o reparto de mercados, clientes, ventas o volúmenes de producción. Con respecto al producto o servicio implicado en el incumplimiento, en algunos casos, bastará con identificar el sector para que la División Antimonopolio determine si la clemencia ha lugar; por ejemplo, se comprobará que no hayan investigaciones abiertas en ninguno de los productos o servicios del sector en cuestión. En otros casos, podría ser necesario identificar el producto o servicio específico u ofrecer otra información identificativa —como la ubicación geográfica, los clientes afectados o una o más de las empresas implicadas— para que la División determine si la clemencia es procedente.

18. La División suele otorgar un marcador al solicitante de clemencia por un período determinado de tiempo para que este conserve su puesto en la candidatura para la clemencia mientras los abogados reúnen información adicional mediante una investigación interna para completar la solicitud de clemencia de su cliente. Mientras el marcador esté en vigor, ninguna otra empresa podrá acceder a la clemencia a expensas de la empresa que dispone del marcador.

19. Para optar a un marcador, una empresa debe seguir los pasos siguientes: (1) informar de que cuenta con información no pública o indicios de que ha participado en un acto delictivo contrario a la competencia; (2) revelar la naturaleza general de la conducta descubierta; (3) identificar el sector, el producto o el servicio involucrado en unos términos lo suficientemente específicos para que la División Antimonopolio determine si la clemencia es posible y para reservar el marcador para el solicitante, y (4) identificarse.² Como hemos dicho, la primera vez que una empresa informa de un posible acto delictivo contrario a la competencia, el personal autorizado de la empresa puede no tener en su poder la información suficiente para admitir de forma definitiva la infracción. Dado que la División Antimonopolio insta a las empresas a solicitar la clemencia a los primeros indicios de infracción, el nivel de exigencia de pruebas para obtener un marcador es relativamente bajo, sobre todo en situaciones en que la División todavía no está investigando el caso. Por ejemplo, si un abogado hace una presentación y, al terminar, un empleado le habla sobre una conversación que ha escuchado en relación con posibles actividades de fijación de precios de su empresa, esta información bastaría para obtener un marcador. Ahora bien, la exigencia es mayor cuando ya obra en poder de la División información sobre la actividad ilegal. Por ejemplo, si un abogado afirma que su cliente ha recibido una citación judicial o ha sufrido un registro durante una investigación de la División y pide el marcador para investigar si su cliente ha cometido un acto delictivo contrario a la competencia, no es suficiente para que se le asigne el marcador.

20. La División Antimonopolio proporciona marcadores solo por un tiempo determinado. El período de tiempo que la División Antimonopolio concede al solicitante para completar su solicitud de clemencia depende de factores como la ubicación y el número de empleados de la empresa que los abogados deben entrevistar, y si la División ya tiene abierta una investigación en el momento en que se solicita el marcador. Un período de 30 días para un marcador inicial es habitual, sobre todo en situaciones en que la División no tiene abierta investigación alguna sobre la causa. Si cabe, la División Antimonopolio, a su entera discreción, puede ampliar el plazo del marcador por un tiempo determinado, siempre que el solicitante demuestre que está obrando de buena fe para completar la solicitud de manera oportuna.

² En ciertas situaciones los abogados pueden hacerse con un marcador anónimo de muy corta duración sin identificar a su cliente. La División concede un marcador anónimo cuando los abogados quieren reservar a su cliente el primer puesto en la candidatura de clemencia presentando la información citada anteriormente, pero necesitan tiempo para hacer algunas comprobaciones de datos adicionales antes de comunicar el nombre del cliente.