

Unclassified

Spanish - Or. English

1 September 2022

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

Cancels & replaces the same document of 12 August 2022

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

**- Documento de base elaborado por Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)
Brasil -**

27 y 28 de septiembre de 2022

Se hace circular el documento adjunto elaborado por del Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) Brasil como aportación para el debate en la Sesión I “Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia” del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 27 y 28 de septiembre de 2022 en Río de Janeiro, Brasil.

Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad del autor y no deberán atribuirse al BID, a la OCDE, al Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ni sus países miembros respectivos.

Mas documentación sobre este debate están disponible en: oe.cd/laccf.

Si tiene preguntas sobre este documento, póngase en contacto con:
Sr. Alden Caribé de Sousa (alden.sousa@cade.gov.br) y (international@cade.gov.br).
Sra. Lynn Robertson (Lynn.Robertson@oecd.org)

JT03501661

Foro Latinoamericano y del Caribe de la Competencia

Sesión I: Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia

– Nota Informativa del CADE (Brasil)¹ –

Resumen

Durante más de 40 años, las autoridades de competencia han utilizado los programas de clemencia para detectar cárteles. A través de esta poderosa herramienta, empresas y particulares revelan infracciones que, de otra manera probablemente no se habrían descubierto, dado el carácter secreto de los cárteles. Como contrapartida, se les conceden descuentos o inmunidad frente a multas y otras sanciones. Por su parte, el Estado se beneficia de pruebas de mayor calidad y de una probabilidad más alta de castigo para otros cartelistas.

Los actuales programas de clemencia antitrust se construyeron sobre tres pilares, fundamentales para su éxito: la amenaza de un castigo severo, el miedo a la detección y la transparencia de los beneficios del programa. No obstante, tras décadas de mejoras y a medida que surgen nuevos retos, lo que supuestamente está llevando a un descenso de las solicitudes de clemencia, ¿ha llegado el momento de actualizar la estructura de los incentivos de los programas de clemencia? ¿Qué han demostrado las experiencias recientes en Latinoamérica, el Caribe y en el resto del mundo?

¹ Esta nota informativa fue escrita por Priscilla Craveiro, asesora de la Coordinación General de Análisis Antitrust 1 y ex-coordinadora de la Unidad de Clemencia del Consejo Administrativo de Defensa de la Competencia (CADE) de Brasil, con una pequeña colaboración de Felipe Leitão Valadares Roquete, Jefe de la Unidad de Clemencia (CADE). Cristiano do Amaral Filho, becario de la misma Coordinación, colaboró con la investigación bibliográfica. Para un enfoque complementario de los programas de clemencia de Latinoamérica y el Caribe, el lector puede consultar la Nota Informativa de la Sesión de Clemencia del Foro Latinoamericano y del Caribe de la Competencia de la OCDE de 2016: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2016\)5&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2016)5&docLanguage=En).

Índice de contenidos

Foro Latinoamericano y del Caribe de la Competencia Sesión I: Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia – Nota Informativa del CADE (Brasil) –	2
Índice de contenidos	3
1. Introducción.....	4
2. La clásica estructura de los incentivos de clemencia	4
3. Posibles causas del descenso en el número de solicitudes de clemencia	6
4. Modificaciones e iniciativas recientes para reforzar los incentivos para las solicitudes de clemencia.....	9
4.1. Iniciativas para reforzar la disuasión de los cárteles.....	9
4.2. Iniciativas para reforzar la transparencia, la seguridad jurídica y la previsibilidad de los procedimientos	10
4.3. Otras iniciativas para reforzar los incentivos de clemencia.....	11
5. Conclusiones	12
Referencias	13

1. Introducción

1. La clemencia antitrust se adoptó por primera vez hace más de 40 años². Existe un consenso sobre su papel para mejorar la eficacia en la detección y persecución de los cárteles complementando los esfuerzos de investigación *de oficio*. Por ejemplo, según un estudio empírico (PARK; LEE; AHN, 2018), la aplicación del programa de clemencia por Estados Unidos aumentó la probabilidad de penalización de los cárteles en un 65%. No es de extrañar que los programas de clemencia se han adoptado en más de 60 países (OCDE, 2022), de los que 12 están en Latinoamérica y el Caribe³.
2. La *razón* de ser de los programas de clemencia es mejorar la capacidad del Estado para detectar y castigar las infracciones mediante la concesión de beneficios para aquellas empresas y particulares que denuncien a los implicados en cárteles, información y prueba que lleva a la persecución de la infracción. El Estado renuncia a su prerrogativa de castigar plenamente a una empresa y a los empleados implicados para intentar garantizar el castigo de todas las demás empresas y particulares implicados en la mala conducta.
3. Esta herramienta es especialmente importante cuando se trata de una infracción por cártel, que es una conducta secreta y difícil de detectar. Además de confesar su participación en la infracción, se requiere a los solicitantes que cooperen efectivamente con la autoridad durante todo el procedimiento y, en la mayoría de los casos, a cesar inmediatamente su participación en la actividad del cártel.
4. Los programas de clemencia facilitan la información y pruebas internas a las autoridades de competencia, lo que aumenta la calidad de la prueba, así como la probabilidad de condena. Además, los solicitantes suelen aportar información valiosa para que las autoridades planifiquen redadas más efectivas. Por último, la clemencia tiene un importante efecto disuasorio, ya que desestabiliza los acuerdos del cártel al aumentar los incentivos para la deserción.
5. En la próxima sección, presentamos la clásica estructura de incentivos que ha guiado a las autoridades a la hora de diseñar y modificar sus programas de clemencia.

2. La clásica estructura de los incentivos de clemencia

6. Si queremos que las empresas y particulares que han participado en actividades de cártel se autodenuncien, tenemos que garantizar una estructura de incentivos equilibrada. Parece que los actuales programas de clemencia se han diseñado en base a tres pilares identificados por Hammond (2004): la amenaza del castigo severo, el miedo a la detección y la transparencia de los beneficios del programa. Con una u otra particularidad, durante varios años estos tres pilares han garantizado la eficacia de los programas de clemencia antitrust de muchas jurisdicciones⁴.

² La División Antitrust del Departamento de Justicia de Estados Unidos fue la primera que aplicó su programa de clemencia en 1978 y la reformó en 1994.

³ Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay (WBG, 2021).

⁴ Es importante señalar que el proceso fue dinámico, al implicar (i) aprendizaje organizativo, (ii) iniciativas de creación de capacidades y, a veces, (iii) isomorfismo institucional de las agencias.

7. El primer pilar en el que se basaron los programas de clemencia fue la amenaza de castigo severo⁵, que tiene un impacto directo en la voluntad de autodenuncia. En países donde los cárteles solo se persiguen administrativamente, es esencial calibrar el nivel de multas para la disuasión, pero también para la atracción de los programas de clemencia. Además de las multas, muchos países han establecido sanciones no monetarias, como la prohibición de participar en licitaciones públicas⁶ o recibir préstamos de las instituciones públicas durante un periodo limitado de tiempo.

8. La persecución penal también parece un factor importante a tener en cuenta a la hora de decidir si solicitar o no clemencia. La posibilidad de cumplir una pena de cárcel pesa mucho para los particulares que han incurrido en mala conducta. En estos casos, debería concederse inmunidad penal a los solicitantes de clemencia; de lo contrario, los particulares podrían no querer solicitarlo.

9. Inculcar el miedo a la detección en los participantes del cártel es el segundo pilar de los programas de clemencia eficaces. Por ello, las autoridades de competencia siempre deberían tratar de mejorar sus herramientas de detección, de modo que empresas y particulares tengan incentivos para autodenunciarse. Como los acuerdos anticompetitivos son cada día más innovadores y menos evidentes, las autoridades de competencia tienen que estar preparadas para hacer frente a estas conductas con herramientas y facultades de investigación igualmente innovadoras. La minería de datos, los métodos de filtro y otras herramientas informáticas (como la inteligencia artificial) pueden desempeñar un papel esencial en la detección de conductas colusorias, especialmente en las licitaciones públicas.

10. El tercer pilar es la transparencia de los beneficios del programa de clemencia, que comprende la seguridad jurídica y la previsibilidad del procedimiento. Las empresas y particulares que se plantean autodenunciarse deben estar seguros de sus obligaciones y de los beneficios derivados de ellas antes de solicitar clemencia. Tienen que saber en qué condiciones se les concederá un marcador para negociar, qué clase de información y documentos se espera que presenten a la autoridad y los procedimientos exactos necesarios para obtener la clemencia condicional. En este sentido, la publicación de una guía es una importante iniciativa para detallar las disposiciones de los programas legislativos y generar conciencia y fiabilidad. Otra preocupación importante es la seguridad jurídica. Es importante garantizar que las distintas empresas/particulares que se enfrentan a la misma situación reciban el mismo trato, excepto cuando está debidamente justificado.

11. En términos de predictibilidad procesal, los solicitantes suelen preocuparse de la capacidad de las autoridades de garantizar la confidencialidad de las negociaciones. Una filtración o un uso indebido de la identidad del solicitante, de las declaraciones o de las pruebas presentadas durante el proceso de negociación, bien por parte de las autoridades nacionales/multijurisdiccionales o de los socios cooperantes, puede exponer al solicitante a acciones privadas por daños y dañar la reputación de los programas de clemencia. Para evitar este escenario, las autoridades pueden recurrir a rutinas de evaluación de riesgos y medidas para mejorar los procedimientos de confidencialidad. También es deseable que las autoridades antitrust establezcan normas claras para la divulgación de documentos de clemencia y una compartimentación organizativa de la unidad de clemencia. Los solicitantes deben saber qué documentos pueden publicarse y en qué fase procesal puede darse la divulgación.

⁵ Un estudio experimental muestra la relevancia de multas más altas para la eficacia de los programas de clemencia (véase Jeong Yeol, K., Noussair, C., 2021).

⁶ Pero los incentivos deben diseñarse para evitar objetivos de política contradictorios (véase Giosa, P.A., 2021).

12. ¿Cómo están funcionando los programas de clemencia casi dieciocho años después de que Hammond identificara estos tres pilares? En la siguiente sección, presentamos la supuesta tendencia de un descenso en el número de solicitudes de clemencia y sus posibles causas y discutimos si la estructura clásica de incentivos de los programas de clemencia tiene que actualizarse de algún modo en respuesta a estos nuevos retos.

3. Posibles causas del descenso en el número de solicitudes de clemencia

13. El 2022 OECD Competition Trends Report (Informe sobre Tendencias de la Competencia de la OCDE de 2022) indica una tendencia a la baja en el número de solicitudes de clemencia: mientras en 2015 hubo 577 solicitudes de clemencia en todo el mundo, en 2020 hubo menos de la mitad (210). La curva descendiente fue similar en las Américas, donde las solicitudes de clemencia variaron de 53 en 2015 a alrededor de 18 en 2020⁷, pese al aumento del número de jurisdicciones con programas de clemencia en todo el mundo y en Latinoamérica⁸.

14. Una posible explicación del descenso de las solicitudes de clemencia es el aumento del número de las acciones privadas por daños y perjuicios, especialmente en Europa. A la hora de decidir si autodenunciar o no, los cartelistas tienen en cuenta los costes y la duración de los procedimientos civiles de daños y perjuicios. La política de divulgación de documentos de clemencia también es importante, ya que, en función de las normas, las declaraciones y pruebas facilitadas por los solicitantes pueden utilizarse para emprender acciones privadas contra ellos.

15. Al mismo tiempo, las acciones privadas representan una amenaza para los programas de clemencia, ya que dependen en gran medida de las decisiones de cártel derivadas de la clemencia. En consecuencia, un descenso de las solicitudes de clemencia podría también afectar la posibilidad de que las víctimas obtengan una compensación adecuada, creando un círculo vicioso. Según Archimbaud (2020, p. 2), «la acción privada corre entonces el riesgo de aniquilar la acción pública sin poder sobrevivir a ella». Los países deberían considerar estos elementos al intentar lograr el correcto equilibrio entre la aplicación de la ley pública y privada. En ocasiones, las modificaciones políticas pueden afectar a las solicitudes de clemencia cuando reducen la seguridad jurídica de sus consecuencias. Algunos expertos subrayan que la Directiva de la Unión Europea sobre daños y perjuicios impulsó el desarrollo de las acciones privadas, pero no consiguió proteger en la misma medida las solicitudes de clemencia. Según Archimbaud (2020), hay dos factores que contribuyen a desalentar solicitudes de clemencia: la negativa europea a conceder inmunidad civil al solicitante y el hecho de que el solicitante es el primer participante en el cártel expuesto a acciones civiles follow-on (aquellas basadas en una previa resolución sancionadora de la autoridad de competencia). Petkosky (2019, p. 49)

⁷ Una explicación alternativa para la curva descendiente es que cada innovación institucional, tras su fase de adopción en la que se esperaba un pico de acuerdos de clemencia, se enfrentó a una reducción natural en el número de acuerdos, seguida de una fase de consolidación que se estabilizará en cuanto al número de clemencias firmadas por las agencias.

⁸ También es importante analizar otras variables cuando se evalúa la eficacia de los programas de clemencia. El número de acuerdos firmados por año es un buen indicador, pero podríamos añadir otras variables relevantes, por ejemplo: (i) si los programas de clemencia están teniendo éxito al identificar conductas anticompetitivas en nuevos mercados (como el mercado laboral, los mercados digitales y otros), (ii) si los acuerdos están aportando una prueba de mayor calidad sobre la conducta investigada y (iii) si los acuerdos de clemencia están dando lugar a un mayor nivel de condena de empresas y sujetos implicados en la conducta.

subraya que la protección de los documentos de clemencia que ofrece la Directiva «se aplica principalmente a documentos de autoinculpación, lo que deja el resto de material de clemencia en riesgo de ser revelado en acciones civiles».

16. Algunos expertos argumentan que la clemencia ha sido víctima de su propio éxito. Las autoridades no han prestado atención suficiente a los métodos proactivos de detección al confiar tanto en esta herramienta para descubrir cárteles, lo cual debilita los incentivos para solicitar de clemencia. En Europa, por ejemplo, aproximadamente un 60% de cárteles detectados se han descubierto a través de la clemencia (CARMELIET, 2012). En Canadá, el 80% de investigaciones se derivan de solicitudes de inmunidad (OCDE, 2013). En la región de Latinoamérica y del Caribe, una media de 47% de investigaciones por cárteles empezaron con una solicitud de clemencia hasta el 2020 (WBG, 2021, p. 42).

17. Otra posible causa que podría explicar el descenso de las solicitudes de clemencia está relacionada con las incertidumbres en torno al concepto de cárteles. La detección de conductas indebidas es cada vez más difícil. Por un lado, los cárteles estándar están adoptando nuevas formas para comunicar y ocultar acuerdos ilegales, complicando su descubrimiento por parte de los responsables de la aplicación de la ley públicos y privados. Por otro lado, están surgiendo nuevas formas de conducta cooperativa con efectos anticompetitivos. Algunos ejemplos son actividades anticompetitivas en el mercado laboral⁹, las alianzas de compra, las infracciones independientes de intercambio de información sensible¹⁰ y los acuerdos para limitar la innovación¹¹. En las jurisdicciones en las que este segundo grupo de actividades está sujeto a un acuerdo de clemencia, generar seguridad jurídica respecto a estas actividades, vistas por algunas empresas como al límite, es una medida necesaria para evitar que se desincentiven las nuevas solicitudes de clemencia.

18. Los expertos también consideran que la multiplicidad de los programas de clemencia, y en consecuencia de normas y procedimientos, es un problema para que los participantes en cárteles internacionales soliciten clemencia. No pueden estar seguros de que vayan a tener derecho a la inmunidad en todas las jurisdicciones importantes afectadas por el cártel específico. Esto podría significar exponerse a importantes sanciones antitrust, y en algunos casos, a acusaciones penales, en uno o más países. Por no mencionar la cantidad de dinero que se gasta y el largo periodo durante el cual la empresa estará sometida

⁹ La Autoridad de Competencia de Portugal ha publicado recientemente “Good Practices for Preventing Anti-Competitive Agreements in the Labor Market” («Buenas prácticas para la prevención de los acuerdos competitivos en el mercado de trabajo»). Disponible en: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/Guia%20Boas%20Pr%C3%A1ticas%20Preven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Acordos%20Anticoncorrencais%20nos%20Mercados%20de%20Trabalho.pdf>. En 2021, el Presidente de los Estados Unidos Joseph Biden emitió una orden ejecutiva sobre la promoción de la competencia en la economía americana, con una mención específica a la competencia en el mercado laboral. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>. La COFECE (autoridad antitrust mexicana) publicó, en 2020, la «Guía para el intercambio de información entre agentes económicos». Disponible en: <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/11/GuiaFacilLecturaIntercambiodeInfoAE.pdf#pdf>.

¹⁰ La COFECE (autoridad antitrust mexicana) publicó, en 2020, la «Guía para el intercambio de información entre agentes económicos». Disponible en: <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/11/GuiaFacilLecturaIntercambiodeInfoAE.pdf#pdf>.

¹¹ El año pasado, la Comisión Europea multó a los fabricantes de coches por restringir la competencia en la limpieza de las emisiones de los nuevos turismos diésel: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/ip_21_3581.

al escrutinio de diferentes autoridades. La concesión de beneficios a los siguientes solicitantes puede aliviar esta preocupación, pero puede no resultar suficiente.

19. También se menciona una reducción del alcance de la protección del acuerdo de clemencia como causa plausible para que los cartelistas no lo soliciten. En 2017, por ejemplo, la División Antitrust del Departamento de Justicia de Estados Unidos lanzó una nueva guía que establece que puede, a su propia discreción, excluir de los acuerdos de clemencia de tipo B¹² a aquellos actuales empleados considerados altamente culpables. Más recientemente, en abril de 2022, la División publicó una serie revisada de preguntas frecuentes que determina que las empresas y particulares debían denunciar con prontitud las actividades ilegales y remediar cualquier daño resultante si quieren solicitar clemencia, evitar el enjuiciamiento penal, las multas y la cárcel. Algunos profesionales (Day, 2022 y Cole; Amato; Arguello; Cook-Milligan, 2022; Williamson, 2021) consideran que los cambios introducen cargas adicionales e incertidumbres, lo que podría hacer que la clemencia resultara menos atractiva para aquellos que descubrieran pruebas de mala conducta.

20. Gärtner (2021), por ejemplo, establece que la concesión de más incentivos a los primeros en llegar (respecto a los últimos) podría ser más crucial para la eficacia de un programa de clemencia. Una conclusión que tiene implicaciones políticas para los organismos que son capaces de celebrar otro tipo de acuerdos (como el cese y desistimiento).

21. Más recientemente, algunas autoridades y expertos se han preocupado por la posibilidad de que los avances tecnológicos faciliten la colusión. Por ejemplo, al recurrir a la colusión algorítmica, las empresas complican mucho el descubrimiento de las infracciones por parte de las autoridades. Sin temor a la detección, no tienen incentivos para solicitar clemencia. Este podría ser otro factor para explicar la supuesta reducción del número de solicitudes de clemencia.

22. Otra perspectiva optimista para explicar la tendencia a la baja de las solicitudes de clemencia apunta al desarrollo exitoso de una cultura de cumplimiento empresarial y a la capacidad de estos programas para prevenir las infracciones. Según un informe de la encuesta IGC (2021, p. 18), «a medida que más países han desarrollado organismos competentes y leyes aplicables, ha aumentado la necesidad de cumplimiento».

23. Las cuestiones presentadas anteriormente son los principales factores señalados por expertos y responsables de la aplicación de la ley que podrían causar esa tendencia a la baja, aunque seguramente esta lista no es exhaustiva. Tenemos que considerar que esta posible tendencia podría deberse no a un solo factor, sino a una combinación de factores, en diferentes grados y según la realidad de cada país. Estos innumerables retos precisan de la atención de las autoridades para evaluar y en su caso modificar las características particulares de sus políticas antitrust. No obstante, en una visión más amplia, pueden suponer una buena oportunidad para volver a evaluar, y si es necesario actualizar la estructura clásica de los incentivos para solicitar clemencia.

24. En la próxima sección, presentamos diferentes ideas e iniciativas que podrían inspirar cambios en las políticas de clemencia destinados a aumentar los incentivos para nuevas solicitudes. Estas posibilidades están siendo discutidas por la academia, y en los foros internacionales que reúnen a responsables en la aplicación de la ley de diversas jurisdicciones. También son iniciativas que ya están siendo aplicadas por los responsables

¹² Los acuerdos de clemencia de tipo B son aquellos en los que el solicitante solicita la clemencia solo después de que la División haya empezado la investigación del cártel.

de la aplicación de la ley, que podría servir como inspiración para las diferentes autoridades.

4. Modificaciones e iniciativas recientes para reforzar los incentivos para las solicitudes de clemencia

25. Actualizar la estructura clásica de incentivos para solicitar clemencia podría ser la clave para invertir la caída observada. Por tanto, resulta útil identificar y detallar posibilidades e iniciativas concretas dirigidas a aumentar los incentivos para las solicitudes de clemencia en todo el mundo.

4.1. Iniciativas para reforzar la disuasión de los cárteles

26. Como se mencionó anteriormente, la amenaza de una sanción severa pesa mucho cuando los cartelistas evalúan los riesgos y beneficios de solicitar clemencia. Por eso algunos países están aplicando sanciones más severas a ejecutivos. El Reino Unido, por ejemplo, ha aplicado recientemente una norma sobre inhabilitación de directivos (la Company Directors Disqualification Act), según a la cual un particular puede ser inhabilitado para actuar como directivo empresarial durante un máximo de 15 años por infringir normas sobre competencia¹³. México también tiene disposiciones jurídicas para sancionar a particulares que cometen prácticas monopólicas absolutas con la prohibición de ser elegidos para actuar como miembros del Consejo de Administración, gerentes, directores, ejecutivos, agentes, representantes o apoderados por un periodo máximo de 5 años (COFECE, 2016).

27. Otra posibilidad para aumentar el riesgo de percepción respecto a las sanciones y en consecuencia aumentar los incentivos para la clemencia, es duplicar o triplicar los daños y perjuicios en las acciones privadas, eximiendo al solicitante de clemencia, por supuesto. Esto se hace en Estados Unidos donde se puede exigir a las empresas implicadas en prácticas anticompetitivas que paguen tres veces más por los daños que causen a los consumidores. El Congreso brasileño está debatiendo actualmente un proyecto de ley que pretende introducir la doble responsabilidad por daños para los participantes en cárteles, exceptuando los solicitantes de clemencia.

28. Como ya se ha mencionado, la criminalización de la actividad de cartel también es una posibilidad que inclina el equilibrio de la balanza en la solicitud de clemencia, pero solo cuando va acompañada de la disposición de inmunidad penal para el primer solicitante.

29. Reforzar la inteligencia de mercado de las autoridades parece ser una iniciativa clave para aumentar el miedo a la detección entre los cartelistas. En este sentido, algunas autoridades creen que los mercados digitales deberían recibir una mirada más atenta. Los servicios digitales son cada vez más importantes para la sociedad y la economía y por tanto para la labor de las autoridades de competencia. Para seguir el ritmo del desarrollo de estos mercados, algunas autoridades de competencia están asignando estructura y recursos humanos para estudiar y especializarse en esta área. La Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido (CMA), por ejemplo, creó recientemente la Unidad de Mercados Digitales, cuyo objetivo es supervisar de manera proactiva el mercado digital en general, así como «comprender el funcionamiento y efectos de los algoritmos clave y los sistemas de decisión automatizados de las empresas importantes». (CMA, 2021, p. 6). En

¹³ Más información sobre este caso concreto disponible en: <https://www.gov.uk/cma-cases/suppliers-of-antidepressants-director-disqualification>.

2015, la autoridad antitrust mexicana (COFECE) creó una unidad de inteligencia de mercado dedicada completamente a la supervisión de los mercados y al filtro de datos de mercado. Entre 2016 y 2019, «aproximadamente el 20% de las investigaciones se iniciaron gracias a los hallazgos de la unidad de inteligencia de mercado» (OCDE, 2020, p. 21).

30. Invertir en herramientas informáticas también es una opción para aumentar la capacidad de detección de las autoridades. Desde 2014, Brasil mantiene el «Proyecto Cerebro», un sistema digital basado en minería de datos y filtros económicos que ofrece soporte a la investigación de las prácticas colusorias, especialmente en las licitaciones públicas. Sus principales conclusiones se han utilizado para iniciar procedimientos y para convencer a los jueces de que otorguen órdenes de entrada y registro. La autoridad danesa, en colaboración con varios organismos, desarrolló una herramienta, llamada «Bid Viewer», basada en modelos estadísticos y de aprendizaje automático, para detectar la colusión en licitaciones públicas.¹⁴

31. Esta clase de iniciativas proactivas mejora la capacidad de la autoridad para detectar infracciones y refuerza los incentivos para solicitar clemencia.

4.2. Iniciativas para reforzar la transparencia, la seguridad jurídica y la previsibilidad de los procedimientos

32. Como ya se ha mencionado, una medida auxiliar más sencilla que los países pueden aplicar es definir y hacer públicas las normas de divulgación de documentos. En 2018, la autoridad de competencia brasileña emitió una Resolución¹⁵ que establece un criterio claro para la divulgación de los documentos de clemencia, lo que también influye en el equilibrio entre la aplicación de la ley pública y privada.

33. También es relevante mejorar la cooperación interna entre los diferentes organismos de gobierno, especialmente para jurisdicciones con autoridades que tienen mandatos complementarios y potencialmente conflictivos. En estos casos, los solicitantes de clemencia pueden ser objeto de varios procedimientos y normas que pueden solaparse y provocar inseguridad jurídica, desalentando nuevas solicitudes. Por este motivo, «en un sistema paralelo, es importante que la aplicación de la política de clemencia a las conductas civiles y penales de los cárteles se articule claramente para ofrecer la máxima seguridad jurídica a los posibles solicitantes de clemencia» (RIC, 2014, p. 18). La firma de acuerdos de cooperación técnica, la organización de grupos de formación y trabajo conjunto, así como la creación de más oportunidades para trabajar estrechamente pueden ser soluciones para generar más sinergias entre los organismos implicados. A la luz de esto, es primordial que los organismos cooperantes respeten los límites para compartir documentos e información, así como las normas de confidencialidad de cada uno, lo cual incluye la firma de acuerdos de confidencialidad y responsabilidad.

¹⁴ https://www.kfst.dk/media/cnldn11q/bid-viewer_56_seneste.pdf. Aparte de la solidez de los modelos, es un ejemplo excelente de cooperación interinstitucional entre diferentes jurisdicciones.

¹⁵ Resolución nº 21, de 11 de septiembre de 2018 (<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolucao%20n%2021%20de%2012%20de%20setembro%20de%202018.pdf>).

4.3. Otras iniciativas para reforzar los incentivos de clemencia

34. Como hemos visto, se cree que las acciones privadas son la principal causa de la supuesta tendencia a la baja en el número de solicitudes de clemencia. Para enfrentarse a este nuevo reto, algunos países están tratando de limitar la responsabilidad civil de los solicitantes. Una posibilidad es eximirles la responsabilidad conjunta, lo cual quiere decir que solo serán responsables de los daños y perjuicios que hayan causado directamente. Esto es lo que ocurre en Estados Unidos y en la Unión Europea. Otra posibilidad sería establecer que los solicitantes de clemencia solo fueran responsables subsidiarios, lo cual significa que solo serían responsables si los otros miembros del cártel no pudieran pagar los daños y perjuicios. Este enfoque es el que solía aplicar Hungría¹⁶ antes de la aplicación de la Directiva Europea de daños y perjuicios.

35. Hornkohl (2022) va más lejos y propone combinar la limitación o la exclusión de la responsabilidad civil con la creación de un «Fondo Justo» para compensar a las víctimas de los daños causados por los cárteles. Las multas resultantes de los procedimientos administrativos en casos de cárteles alimentarían este fondo de administración pública, que funcionaría en paralelo a las acciones de indemnización por daños y perjuicios.

36. En este contexto, Colombia aprobó recientemente una ley¹⁷ que reforma su programa de clemencia, e incluye la eliminación de la responsabilidad conjunta por daños causados por terceros. Brasil está debatiendo en estos momentos un proyecto de ley que exime al solicitante de clemencia de la responsabilidad conjunta.

37. Estas alternativas que afectan a la protección de los solicitantes respecto a la responsabilidad civil no son tan sencillas ni rápidas de aplicar, ya que precisan cambios legislativos, a pesar de que tienen el potencial de impulsar de nuevo las solicitudes de clemencia. Sin embargo, tienen que alcanzar necesariamente un equilibrio óptimo entre la aplicación de la ley pública y privada.

38. Una buena cooperación entre los responsables de la aplicación de la ley también es clave para mejorar los programas de clemencia, especialmente cuando se trata de conductas transfronterizas. Los responsables de la aplicación de la ley deberían tratar de intercambiar percepciones en casos concretos a través de renunciaciones concedidas por los solicitantes. Además, las autoridades siempre pueden buscar coordinación en cuanto a la aplicación y las modificaciones de las políticas. Las entidades regionales e internacionales tienen un importante papel a la hora de facilitar estas oportunidades de colaboración. También pueden elaborar orientaciones políticas y ofrecer herramientas prácticas para mejorar la cooperación en la aplicación de la ley, así como ayudar a abordar algunos de sus problemas intrínsecos¹⁸.

39. Stalder (2021) sugiere extender el alcance de la clemencia a otro tipo de infracciones. El autor sostiene que, puesto que las autoridades conceden inmunidad a quienes participan en cárteles horizontales, la conducta anticompetitiva más dañina, no hay

¹⁶ Art. 88D de la Ley de Competencia húngara (1996), revisada en 2009.

¹⁷ Ley nº 2195, de 18 de enero de 2022.

¹⁸ Para conocer en detalle los retos de la cooperación de los responsables de la aplicación de la ley, por favor consulte “OECD/ICN Report on International Co-operation in Competition Enforcement”. («Informe OCDE/RIC sobre Cooperación Internacional en la Aplicación de la Ley de Competencia»). Disponible en: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2021/01/OECD-ICN-Report-on-International-Co-operation-in-Competition-Enforcement.pdf>.

razón por la que no deberían negociar clemencia con los que participaron en prácticas menos perniciosas, como las conductas unilaterales.

40. Democratizar el acceso a los servicios públicos, incluidas las solicitudes de clemencia, es siempre una buena medida. En ese sentido, Brasil lanzó recientemente «Cliquesa Clemencia»¹⁹, una herramienta en línea donde aquellos que quieren informar sobre su participación en cárteles pueden hacerlo de manera rápida, fácil y segura. Sigue la tendencia internacional de facilitar el acceso a esta importante herramienta, como la clemencia de la Comisión Europea²⁰ y la herramienta en línea española para solicitar clemencia²¹.

5. Conclusiones

41. Los programas de clemencia han tenido tanto éxito que ahora las diferentes jurisdicciones dependen en gran medida de ellos para detectar la actividad de los cárteles. El éxito de los programas de clemencia puede atribuirse a la adopción de una estructura clásica de incentivos para solicitar clemencia, basada en tres pilares: la amenaza de un castigo severo, el miedo a la detección y la transparencia.

42. No obstante, los expertos señalaron una reciente tendencia a la baja en el número de solicitudes de clemencia y algunas autoridades la han observado en diferentes grados. Esta tendencia puede explicarse por varias razones, desde cambios en las disposiciones de un programa específico hasta causas más generales que afectan al sistema general de incentivos para solicitar clemencia.

43. En cualquier caso, parece que es una buena oportunidad para que los responsables de la aplicación de la ley discutan estas dificultades y cooperen para encontrar vías para superarlas. La inspiración puede provenir de estudios académicos, análisis de entidades regionales e internacionales y experiencias exitosas en todo el mundo. Por último, es importante tener en cuenta las características y contextos particulares de cada jurisdicción a la hora de diseñar iniciativas para atajar la tendencia a la baja e impulsar de nuevo los programas de clemencia.

¹⁹ <https://leniencia.cade.gov.br/>.

²⁰ https://ec.europa.eu/competition-policy/cartels/leniency/eleniency_en.

²¹ <https://sede.cnmc.gob.es/en/tramites/competencia/solicitud-de-clemencia>.

Referencias

- Archimbaud, A. (2020). European leniency programmes and private enforcement: Dangerous liaisons. (Programas de clemencia europeos y aplicación privada de la ley: relaciones peligrosas). *Concurrences* N° 3-2020, Art. N° 95707. <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-3-2020/articles/european-lenieny-programmes-and-private-enforcement-dangerous-liaisons>.
- Carmeliet, T. (2012). How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle. (¿Hasta qué punto es indulgente el sistema europeo de clemencia? Una visión general de los (des)incentivos actuales para denunciar. <https://www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/48n3/carmeliet.pdf>
- CMA (2021). Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers” («Algoritmos: cómo pueden reducir la competencia y perjudicar a los consumidores»). https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/954331/Algorithms_++.pdf
- COFECE (2016). El Programa de Inmunidad de la Comisión Federal de Competencia Económica a 10 años de su implementación: ¿cuál ha sido el impacto? <https://www.cofece.mx/10-years-since-the-implementation-of-the-federal-economic-competition-commissions-leniency-program-what-has-been-its-impact/>
- Cole, E.; Amato, J; Arguello, S. Cook-Milligan, D. (2022). Boosting Immunity: DOJ Injects Additional Burden and Uncertainty to Antitrust Leniency Process. (Impulsar la inmunidad: El Departamento de Justicia de Estados Unidos inyecta una carga adicional e incertidumbre en el proceso de clemencia antitrust). <https://www.winston.com/en/competition-corner/boosting-immunity-doj-injects-additional-burden-and-uncertainty-to-antitrust-leniency-process.html>
- Day, J. (2022). Insights (Percepciones). <https://www.jonesday.com/en/insights/2022/04/doj-makes-giving-up-harder-stricter-requirements-for-seeking-leniency>
- Gärtner, D. (2021). Corporate Leniency in a Dynamic Context: The Preemptive Push of an Uncertain Future. (La clemencia empresarial en un contexto dinámico: el empuje preventivo de un futuro incierto). Escuela de Economía y Ciencias Políticas, Departamento de Economía, Universidad de St. Gallen. <http://ux-tauri.unisg.ch/RePEc/usg/econwp/EWP-2107.pdf>
- IGC (2021). Investigations, data and compliance (Investigaciones, datos y cumplimiento). <https://static2.ftitechnology.com/docs/white-papers/GCR+Report+2021+-+Investigations+Data+and+Compliance.pdf>
- Giosa, P.A. (2021). Enhancing leniency programme in public markets (Mejorando el programa de clemencia en los mercados públicos), *Journal of Antitrust Enforcement* (Revista de aplicación la ley antitrust), Volumen 9, Tema 2, julio 2021, Páginas 347–372, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa044>
- Hammond, S. (2004). Cornerstones of an effective leniency program (Pilares de un programa de clemencia eficaz). <https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>
- Hornkohl, L. (2022). A solution to Europe’s leniency problem: combining private enforcement leniency exemptions with fair funds (Una solución al problema de clemencia en Europa: combinar las exenciones de clemencia de aplicación privada con los fondos justos). <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/02/18/a-solution-to-europes-leniency-problem-combining-private-enforcement-leniency-exemptions-with-fair-funds/>
- Jeong Yeol, K., Noussair, C. (2021). Leniency Policies and Cartel Success: An Experiment (Políticas de clemencia y éxito de los cárteles: un experimento). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3877715> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3877715>

- RIC (2014). Anti-Cartel Enforcement Manual. Drafting and implementing an effective leniency policy (Manual de aplicación de la ley contra los cárteles. Elaborar y aplicar una política de clemencia eficaz). https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_ACEMLeniency.pdf
- RIC (2019). Development of Private Enforcement of Competition Law in ICN Jurisdictions (Desarrollo de la aplicación privada de la ley de competencia en las jurisdicciones de la RIC). https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/07/CWG_Privateenforcement-2019.pdf.
- RIC (2020). Guidance on Enhancing Cross-Border Leniency Cooperation (Orientaciones para mejorar la cooperación transfronteriza en materia de clemencia). <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/07/CWG-Leniency-Coordination-Guidance.pdf>.
- OCDE (2013). Investigaciones *ex officio* de cárteles y uso de filtros para la detección de cárteles. <https://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf>
- OCDE (2018). Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes (Retos y coordinación de los programas de clemencia). Nota informativa. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)1/en/pdf).
- OCDE (2020). Obtención de pruebas en formato digital en investigaciones sobre cárteles. FLACC 2020. Nota sobre los problemas. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2020\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2020)2/en/pdf)
- OCDE (2022). Tendencias sobre competencia 2022. <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>
- OCDE/RIC (2021). Report on International Co-operation in Competition Enforcement (Informe sobre cooperación internacional en la aplicación de la ley de competencia). <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2021/01/OECD-ICN-Report-on-International-Co-operation-in-Competition-Enforcement.pdf>.
- Park, J., Lee, J., & Ahn, S. (2018). Bayesian Approach for estimating the probability of cartel penalization under the leniency program (Enfoque bayesiano para estimar la probabilidad de penalización del cartel en el marco del programa de clemencia). *Revista de libre acceso MDPI Vol 10* (6), 1-15. <https://www.mdpi.com/2071-1050/10/6/1938/htm>
- Petkoski, D. (2019). Reduction in Leniency; Drop in Enforcement? (Reducción de la clemencia; ¿descenso en la aplicación de la ley?). Shearman & Sterling. <https://www.shearman.com/Perspectives/2019/07/2019-Antitrust-Report-chapters/Reduction-in-Leniency-Drop-in-Enforcement>.
- Snelders, R.; Opdebeeck-Wilson, C. (2021). Cartel settlements: An overview of EU and national case law (Acuerdos sobre cárteles: una visión general de la jurisprudencia nacional y de la UE), e-Competitions Cartel settlements, Art. N° 99701. <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/cartel-settlements/cartel-settlements-an-overview-of-eu-and-national-case-law-en>.
- Stalder, A. (2021). The rise and fall of leniency applications in Europe: What is next? (El auge y la caída de las solicitudes de clemencia en Europa: ¿qué es lo siguiente?). Universidad de Ámsterdam. <https://scripties.uba.uva.nl/search?id=c3940348>
- WBG (2021). Fixing Markets, Not Prices: Policy options to tackle economic cartels in Latin America and the Caribbean. (Fijar los mercados no los precios. Opciones políticas para hacer frente a los cárteles económicos en Latinoamérica y el Caribe). <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35985>.

- Williamson, B. (2021). Declining Leniency Applications, Third Party Damages Claims and Liability Insurance: rebalancing the decision to apply for leniency (El rechazo de las solicitudes de clemencia, las reclamaciones por daños a terceros y el seguro de responsabilidad civil: reequilibrar la decisión de solicitar clemencia). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3872587> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3872587>
- Pinha, L.C., Braga, M.J. (2021). Leniency and Damage Liability for Cartel Members in Brazil (Clemencia y responsabilidad por daños para los miembros del cártel en Brasil), *Journal of Competition Law & Economics* (Revista de derecho de la competencia y economía), Volumen 17, Tema 4, diciembre de 2021, p. 877–902, <https://doi.org/10.1093/joclec/nhab005>
- Ysewyn, J.; Kahmann, S. (2018). The decline and fall of the leniency programme in Europe (El declive y la caída del programa de clemencia en Europa), *Concurrences* N° 1-2018, Art. N° 86060, p. 44-59. <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2018/articles/the-decline-and-fall-of-the-leniency-programme-in-europe-86060-en>.