

Unclassified

Spanish - Or. English

14 September 2022

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

**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**

- Nota del Secretariado de la OCDE -

27 y 28 de septiembre de 2022

Se hace circular el documento adjunto elaborado por el Secretariado de la OCDE 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 ni sus países miembros respectivos.

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

Sra. Lynn Robertson (Lynn.Robertson@oecd.org).

JT03502316

Sesión I: Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia

- Nota del Secretariado de la OCDE -*

1. Introducción

1. La mayoría de las jurisdicciones en todo el mundo han adoptado programas de clemencia. Estos programas ofrecen a los miembros del cártel la oportunidad de denunciar su conducta ilegal y proporcionar información y prueba de la infracción a cambio de una inmunidad total o de una reducción de las sanciones antitrust. Al ofrecer amnistía al primer miembro del cártel que se autodenuncie y un trato más indulgente a los siguientes solicitantes, los programas de clemencia pretenden inducir a los miembros del cártel a presentarse y a revelar la existencia de un cártel, así como a aportar pruebas de su participación en la conspiración (OECD, 2014).

2. El objetivo más importante de toda política de lucha contra los cárteles es detectar los cárteles duros que de otro modo podrían pasar desapercibidos. Los programas de clemencia obtienen confesiones, proporcionan prueba directa sobre otros participantes y pistas que pueden resultar útiles para que los investigadores descubran pruebas adicionales. Las pruebas se obtienen más rápidamente a través de los programas de clemencia y con un coste directo menor en comparación con otros métodos de investigación, lo que lleva a una resolución rápida y eficiente de casos. A las partes que se autodenuncian se les promete: multas menores, condenas más cortas, órdenes menos restrictivas o incluso la amnistía completa, en función de cada jurisdicción.

3. Los programas de clemencia han aumentado significativamente el número de cárteles detectados en muchas jurisdicciones. Parece que también han facilitado el éxito de la persecución de los casos de cárteles al facilitar a las autoridades de competencia pruebas fehacientes de las infracciones de la ley de competencia (OECD, 2014). No obstante, las solicitudes de clemencia han disminuido en los últimos años, lo que plantea si esta herramienta seguirá siendo eficaz a lo largo del tiempo.

2. Programas de clemencia en Latinoamérica y el Caribe

4. La exitosa aplicación de estos programas en otras jurisdicciones ha incentivado que los países de Latinoamérica y el Caribe (LAC) los adopten igualmente. En 2021, 13 jurisdicciones (de las 14) en la región ya habían introducido y aplicado políticas de clemencia (OECD, 2022).

* Esta nota fue escrita por Daniel Segalovich, becario de la División de Competencia de la OCDE, con comentarios de Lynn Robertson, Antonio Capobianco y Ori Schwartz.

3. Descenso de solicitudes de clemencia

5. Las políticas de clemencia que funcionan se suman principalmente a la tasa de detección de una autoridad antitrust determinada y en combinación con las sanciones impuestas suficientemente elevadas, contribuyen al nivel general de disuasión de cárteles (OECD, 2014).

6. Sin embargo, el número de solicitudes de clemencia disminuyó durante el periodo 2015 a 2020 en todo el mundo. En LAC, las solicitudes de clemencia fueron del 68.6%, menos en 2020 que en 2015 (OECD, 2022). La investigación de la OCDE señala varias explicaciones posibles para el descenso de los programas de clemencia. No obstante, estas explicaciones pueden variar por jurisdicción y sector y pueden depender de un rango de circunstancias y factores específicos.

3.1. Falta de incentivos suficientes para solicitar clemencia

7. Algunos países en Latinoamérica y el Caribe continúan prohibiendo que el cabecilla del cártel solicite clemencia. Esta prohibición puede socavar la eficacia del programa de clemencia, al rebajar los incentivos para solicitarla y crear complejidades administrativas (OECD, 2016). En primer lugar, como puede resultar difícil saber quién es el líder del cártel, las empresas que no están seguras de quien inició el cártel pueden mostrarse reticentes a ir ante la autoridad de competencia y prefieren correr el riesgo de perder los posibles beneficios. En segundo lugar, es probable que el liderazgo dentro del cártel haya cambiado en función del periodo de tiempo, lo que dificulta la identificación del líder e impide que las empresas soliciten clemencia. En tercer lugar, puede que la empresa tenga un nuevo equipo directivo, éste averigüe la existencia de la conducta, pero se muestre reacio a solicitar clemencia si la empresa es el cabecilla del cártel. En cuarto lugar, el hecho de permitir que el líder solicite clemencia aporta mayor disuasión, pues otros miembros del cártel pueden ser reacios a aceptar la invitación para fijar los precios, repartirse los clientes, etc., si saben que el líder puede denunciarlos ante el organismo de competencia. En quinto lugar, los cabecillas pueden disponer de las mejores pruebas a presentar ante las autoridades: (OECD, 2016).

8. Además, el umbral para conceder la inmunidad al primer solicitante, tanto legalmente como en la práctica, no es tan bajo en todos los países de América Latina y el Caribe. Varias de las leyes vigentes en la región exigen que el solicitante aporte información y pruebas que demuestren la conducta anticompetitiva para poder firmar un acuerdo de clemencia. En la práctica, a la hora de negociar con los solicitantes, algunas autoridades exigen la aportación de documentos que prueben la conducta, y no solo la información sobre reuniones o lugares donde poder realizar inspecciones sorpresivas. (OECD, 2016)

9. La comunidad de competencia reconoce ampliamente que permitir a los siguientes solicitantes que reciban beneficios importantes debilitará los incentivos para ser el primero en denunciar. Si el segundo en llegar recibe también una reducción sustancial de la sanción, los miembros del cártel podrían preferir, si pueden elegir, participar más adelante en la investigación. Los organismos han abordado el problema estableciendo una diferencia significativa entre los beneficios para el primer solicitante y para el segundo solicitante (OECD, 2016). No obstante, los miembros del cártel que no son los primeros en denunciar todavía pueden contribuir al éxito de la investigación y al enjuiciamiento del cártel. En jurisdicciones que tienen una política de amnistía, la cooperación de los miembros del cártel que perdieron la carrera por la inmunidad se consigue generalmente mediante procedimientos de terminación temprana. Estos procedimientos, por ejemplo, acuerdos o

negociación de clemencia, permiten a las empresas que no tenían derecho a la inmunidad obtener un trato favorable a cambio de la admisión de culpabilidad (o la no impugnación del caso de la autoridad) y la cooperación (OECD, 2014).

10. Algunas jurisdicciones de la región exigen, ya sea por ley o en la práctica, que el solicitante inicie el procedimiento mediante la firma de un documento escrito en el que acepte su participación en el cártel y proporcione información básica sobre la conducta. (OECD, 2016). Sin embargo, el hecho de exigir a las empresas que aporten declaraciones corporativas por escrito puede desincentivar a que los participantes en el cártel acudan ante el organismo de competencia, especialmente en los casos de cárteles internacionales en los que participa una empresa de los Estados Unidos (EE. UU.). De hecho, las solicitudes escritas reconociendo la participación en un cártel y aportando pruebas pueden colocar a una empresa estadounidense en una posición delicada, ya que las normas de revelación de información en los procedimientos de una acción privada antimonopolio permiten a los tribunales ordenar la divulgación de documentos escritos del demandado, incluidas las declaraciones corporativas de solicitud de clemencia (OECD, 2016).

11. Otros temas que pueden afectar el nivel de solicitudes de clemencia incluyen:

3.2. Falta de independencia en la detección de riesgos

12. Un alto riesgo de detección puede incentivar a los participantes del cártel a presentarse voluntariamente. Como el incentivo de una empresa para participar en estos programas se basa en su percepción del riesgo de que la conducta del cártel pueda detectarse independientemente por la autoridad, es importante que las autoridades también utilicen herramientas de detección proactiva para poner en marcha las llamadas investigaciones de cártel de oficio. Por tanto, las investigaciones de oficio no solo ayudan a descubrir las infracciones, sino que también, al aumentar la amenaza de detección, refuerzan los programas de clemencia. No obstante, si una autoridad confía demasiado, o incluso exclusivamente, en un programa de clemencia, los cartelistas pueden empezar a dudar de la capacidad de las autoridades para detectar los cárteles por sí mismos. (OECD, 2018)

13. Pese a la necesidad de combinar los métodos proactivos y reactivos, el número de investigaciones de cárteles de oficio también ha disminuido en todas las regiones, incluidas las Américas, durante el periodo 2015 a 2020 (OECD, 2022).

3.3. Bajo nivel de multas

14. Idealmente, las multas deberían superar los costes del cártel para que no puedan considerarse como un «coste de hacer negocios». Si los beneficios esperados del cártel son más altos que las multas esperadas, las empresas racionales podrían no considerar la solicitud de clemencia ni abstenerse de participar en actividades de cártel (OECD, 2018).

15. Los programas de clemencia bien diseñados y administrados aumentan las probabilidades de detección y socavan la confianza de los participantes del cártel. Sin embargo, los programas de clemencia mal diseñados que ofrecen reducciones de multas demasiado generosas serán explotados, reduciendo así la disuasión. Algunos estudiosos afirman que los cárteles pueden explotar los programas de clemencia al considerar las solicitudes de clemencia en su estrategia para maximizar los beneficios de la reducción de multas (OECD, 2016a).

16. Dentro de los últimos 20 años, ha habido una tendencia mundial a aumentar las multas contra las empresas y contra los individuos (OECD, 2018). Sin embargo, a pesar de que las multas por cárteles aumentaron un 56% en el periodo 2015-2019 en todo el mundo, disminuyeron un 11.5% anual durante el mismo periodo en las Américas (OECD, 2022).

3.4. Criminalización

17. Los programas de clemencia no funcionan en el vacío (OECD, 2019). Por tanto, resulta esencial evaluar la relación entre criminalización y clemencia. Hay un debate abierto sobre si las tendencias de criminalización obstaculizan o refuerzan la eficacia de la clemencia y en particular de los programas de clemencia administrativa (OECD, 2020). La aplicación de sanciones penales y especialmente la amenaza de cárcel para los individuos, se considera esencial para fomentar su confesión, facilitar pruebas cruciales y por tanto mejorar la eficacia de la política de clemencia. No obstante, la criminalización podría de hecho no solo dificultar que las empresas soliciten clemencia si no están seguras de tener derecho a la inmunidad, sino también impedir que las empresas solicitantes reúnan pruebas de su solicitud de clemencia, ya que los empleados que se enfrentan a un proceso judicial pueden ser menos propensos a cooperar con las investigaciones de clemencia en curso (OECD, 2018).

18. Esto puede ser especialmente cierto en Latinoamérica donde la tramitación de las investigaciones administrativas y penales por los diferentes organismos podría implicar retrasos. Estos retrasos pueden comprometer la seguridad jurídica de las partes investigadas o los regímenes económicos proteccionistas que llevaban décadas protegiendo a los productores locales (OECD, 2016).

3.5. Aplicación pública y privada de la ley

19. Aunque los objetivos de aplicación pública y privada de la ley difieren, están esencialmente relacionados y se refuerzan mutuamente (OECD, 2015). Las acciones privadas de daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia pueden complementar los regímenes públicos de aplicación de la ley mediante el refuerzo del efecto disuasorio y facultando a las víctimas para hacer frente a la conducta anticompetitiva (OECD, 2018).

20. Las acciones privadas por daños y perjuicios pueden disuadir a las empresas de presentarse y de hecho, pueden ser la razón más importante del descenso de las solicitudes de clemencia en algunas jurisdicciones (OECD, 2021). Los solicitantes de clemencia que proporcionan información sobre el cártel en el que participan no solo incriminan a otros miembros del cártel, sino también a ellos mismos. La autoinculpación puede tener consecuencias negativas en litigios por daños *follow-on* (aquellos basados en una previa resolución sancionadora de la autoridad de competencia) en los tribunales civiles. Resulta por tanto necesario equilibrar el atractivo y la eficacia de los programas de clemencia y conciliación con el acceso de las partes privadas a la información recopilada por las autoridades de competencia (OECD, 2015). Las leyes sobre competencia en la región suelen proporcionar una estricta protección de la confidencialidad de los solicitantes de clemencia, tanto en lo que se refiere a su identidad como a las pruebas presentadas al amparo del programa (OECD, 2016).

21. No obstante, un solicitante debe considerar el riesgo de que los demandantes puedan obtener documentos incriminatorios creados y presentados voluntariamente para la solicitud de clemencia (OECD, 2018).

3.6. Clemencia e inhabilitación

22. A pesar de la coordinación entre las autoridades de competencia y los organismos pertinentes, el programa de clemencia puede no proporcionar ninguna protección a los solicitantes de clemencia respecto a las normas de inhabilitación. Las autoridades de competencia deben asegurarse de que la posibilidad de inhabilitación no disuade a las empresas de autodenunciarse con información de la actividad del cártel. No obstante, aunque las autoridades de competencia confían en los beneficios de los programas de clemencia, puede resultar difícil evitar que los organismos administrativos, como los organismos de contratación pública, apliquen las normas de inhabilitación a los solicitantes de clemencia, lo que desincentiva las solicitudes de clemencia (OECD, 2016a).

4. Temas para debatir

1. ¿Cuál es la tendencia en su jurisdicción respecto a las solicitudes de clemencia? ¿Ha aumentado o disminuido el número de solicitudes de clemencia en los últimos años?
2. ¿A qué atribuye las causas de esta tendencia?
3. Si las solicitudes de clemencia están disminuyendo, ¿ha adoptado iniciativas para hacer frente a esta tendencia?
4. ¿Cuáles son los incentivos para solicitar clemencia en su jurisdicción? ¿Qué esfuerzos de promoción ha realizado para explicar el programa de clemencia y los riesgos asociados a los actos anticompetitivos, incluyendo directrices y campañas?
5. ¿Cuál es su política sancionadora? ¿Crees que es coherente con su política de clemencia y la apoya? Si no es así, describa los problemas.
6. Describa sus políticas respecto a las investigaciones de oficio y su relación con su programa de clemencia. ¿Estas políticas han contribuido a que su programa de clemencia resulte más atractivo?

Referencias

- OECD. (2014). *Use of markers in leniency programmes – Note by the Secretariat*. Retrieved from [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2014\)9&docLanguage=en](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2014)9&docLanguage=en)
- OECD. (2015). *Relationship between Public and Private Enforcement – Note by the Secretariat*. Retrieved from [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2015\)14&docLanguage=en](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&docLanguage=en)
- OECD. (2016). *Leniency programmes in Latin America and the Caribbean: Recent experiences and lessons learned – Background paper by the OECD*. Retrieved from [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)
- OECD. (2016a). *Sanctions in Antitrust Cases – Background Paper by the Secretariat*. Retrieved from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)6/en/pdf)
- OECD. (2018). *Challenges and co-ordination of leniency programmes – Background Note by the Secretariat*. Retrieved from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)1/en/pdf)
- OECD. (2019). *Review of the 1998 OECD Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels*. Retrieved from <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-review-1998-hard-core-cartels-recommendation.pdf>
- OECD. (2020). *Criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies: a focus on custodial sentences – Background note by the Secretariat*. Retrieved from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2020)1/en/pdf)
- OECD. (2021). *Competition Compliance Programmes*. Retrieved from <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes-2021.pdf>
- OECD. (2022). *OECD Competition Trends 2022*. Retrieved from <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2022.pdf>