

Unclassified

Spanish - Or. English

7 July 2022

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

**Cancels & replaces the same document of 7 July 2022**

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

**- Contribución del Salvador -**

27 y 28 de septiembre de 2022

Se hace circular el documento adjunto elaborado por El Salvador PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 27-28 de septiembre 2022, en Río de Janeiro, Brasil.

Sra. Lynn Robertson, Experto en Competencia - Lynn.Robertson@oecd.org.  
Sr. Alden Caribé de Sousa, CADE - alden.sousa@cade.gov.br and international@cade.gov.br.

**JT03499071**

## *Sesión I: Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia*

### *Desafíos ante los programas de clemencia*

#### *- Contribución del Salvador -*

## **1. Antecedentes**

1. La Ley de Competencia (LC) de El Salvador entró en vigencia en enero 2006. Su primera reforma se realizó en 2007 que fortaleció a la Superintendencia de Competencia (SC) para enfrentarse a los carteles, introduciendo avances como la facultad de llevar a cabo registros con prevención de allanamiento y la figura de clemencia, que posibilitaba a un agente económico, partícipe de un cartel, reconocer tal práctica ante el Superintendente de Competencia (SIC) y acogerse a una reducción de la multa siempre y cuando cumpliera con los requisitos de ley.

2. En el 2008, el Examen Inter pares sobre Derecho y Política de Competencia (OCDE) señaló que el régimen de clemencia era un reto para la SC. Al prevalecer la ausencia de solicitudes de clemencia, el más reciente Examen Inter-Pares de la OCDE sobre Derecho y Política de Competencia de El Salvador (2020), recomendó reformar el régimen de clemencia según normas y prácticas internacionales en el sentido de que a quien se le conceda el beneficio de la clemencia tenga garantizada la inmunidad o la reducción del importe de la sanción; además de dotar de mayor claridad respecto de cómo solicitar la clemencia.

3. En noviembre 2021, la Asamblea Legislativa de El Salvador aprobó un pliego de reformas a la LC, motivadas principalmente por la necesidad de compatibilizarla con la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA), una normativa de carácter transversal vigente desde 2019, en la cual se incluyó un mayor desarrollo sobre la clemencia, en el sentido de exención total de la multa para el primer aplicante y la reducción de esta para el segundo y tercer aplicante, entre otros.

## **2. Régimen de Clemencia en El Salvador**

4. La LC reformada detalla los criterios bajo los cuales la SC acogerá a un solicitante al régimen de clemencia y se ha especificado el proceso desde su admisión, su posible otorgamiento, el manejo de la confidencialidad de los agentes acogidos al régimen de clemencia y la forma de verificación del cumplimiento del deber de colaboración de los solicitantes, requisito indispensable para el otorgamiento de los beneficios que proporciona acogerse al régimen de clemencia. Es importante señalar que el agente económico que haya incurrido o se encuentre incurriendo en un acuerdo entre competidores deberá reconocerlo por escrito ante el SIC previo al inicio de un procedimiento sancionatorio o hasta antes que se ordene la apertura a pruebas dentro del mismo. El beneficio máximo es la exoneración de la multa, para el primer aplicante, y la posibilidad de que un segundo y tercer aplicante se beneficien de reducciones de la multa con un máximo del 50% y 30% respectivamente.

5. Si bien la SC continúa apostándole a la detección y disuasión de los carteles a través de eficientes labores de investigación y de concienciación, la institución continúa enfrentándose a desafíos en el tema de clemencia, entre los que se pueden mencionar: a) la falta de incentivos para que los cartelistas opten por solicitar clemencia, ya que las sanciones, no son lo suficientemente severas ni tampoco existe un enjuiciamiento penal por carteles; b) la falta de conocimiento del nuevo programa de clemencia, que contempla, entre otros aspectos: la exoneración total de la multa para el primer aplicante y la reducción de multas para el segundo y tercero; la existencia de un programa de protección de la identidad de los solicitantes y de la evidencia que se aporte para la comprobación de la conducta ilegal; y el hecho de que ya no es el Consejo Directivo de la SC quien debe conceder o no los beneficios de la clemencia, sino el SIC, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de ley; y c) la falta de claridad respecto del tipo de evidencia que deben aportar los solicitantes de clemencia, pues en la medida en que se van agregando los postulantes por obtener un segundo o tercer lugar, estos deben aportar elementos con un valor añadido significativo en comparación con las pruebas que ya están en posesión de la SC en el momento de la presentación las anteriores solicitudes y el momento para aportarlos.

6. Es conocido que, últimamente y a nivel de la mayoría de las agencias de competencia, la clemencia ha perdido su atractivo entre los cartelistas. Esto, por un lado, debido a los altos costos que su tramitación implica, incluyendo los costos asociados con la necesidad de buscar clemencia en un número cada vez mayor de jurisdicciones, cuando se trata de un cartel transfronterizo; y por otro, debido a que algunos marcos normativos posibilitan la aplicación privada del derecho de competencia, es decir, que es posible presentar ante las autoridades judiciales reclamos civiles por los daños y perjuicios por parte de aquellos que se sientan directamente afectados por una práctica anticompetitiva. De tal forma, que las declaraciones auto inculpativas efectuadas con el único propósito de cooperar con las agencias de competencia, podría servir de insumo para presentar en sede judicial el respectivo reclamo y así posibilitar de una manera más expedita la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la conducta anticompetitiva objeto de la sanción administrativa.

7. En el caso salvadoreño, la LC no prevé ni prohíbe la aplicación privada; sin embargo, en el art. 155, número 2 de la LPA, que es una normativa de aplicación supletoria en los procedimientos de la administración pública, se establece un mecanismo de indemnización, por el que las autoridades administrativas, incluida la SC, podrían declarar en el respectivo procedimiento la indemnización por los daños y perjuicios causados por la infracción comprobada y sancionada. En el supuesto de que la SC no pudiera determinar dicha indemnización, la LPA prescribe que quedará expedita la vía judicial correspondiente. En este sentido, los demandantes podrían iniciar el juicio de liquidación de daños y perjuicios ante los tribunales civiles, adjuntando a su demanda la respectiva resolución sancionatoria que emita la SC, en la que declare haber comprobado y sancionado la conducta anticompetitiva investigada.

8. Para el caso de los beneficios del programa de clemencia previstos en la LC, es importante destacar que tal como quedó redactada la reforma del 2021, estos no incluyen ventajas distintas a la exoneración total o reducción de las multas; por consiguiente, cualquier otra sanción, responsabilidad o consecuencia jurídica derivada de la práctica anticompetitiva reconocida, prevista en otros marcos normativos vigentes al momento de la aplicación al programa -por ejemplo, procedimientos administrativos o juicios por indemnización de daños y perjuicios a los consumidores-, no estaría cubierta por dicho programa. No obstante, consideramos que la ausencia de solicitudes de clemencia ante la SC no tendría como causa principal ese supuesto, pues desde que esta institución impuso la primera sanción por una práctica anticompetitiva, hasta la fecha, no se ha presentado

ninguna demanda en sede judicial en la que se hayan reclamado daños y perjuicios por la conducta anticompetitiva sancionada.

9. En ese sentido, los esfuerzos para lograr generar mayores incentivos para que los cartelistas apliquen al programa de clemencia han de tener un enfoque distinto al de la amenaza de una posible aplicación privada de la ley. De tal forma que lo que habrá de explotarse es el beneficio de la total inmunidad que antes no existía en la LC, independientemente de que el solicitante sea el instigador del cartel o de que exista una investigación en curso. Otro aspecto a considerar es el tema de la confidencialidad de las solicitudes de clemencia y la documentación aportada por los solicitantes, ya que esto es un elemento clave para que los programas de clemencia sean atractivos y exitosos.

10. Según los “Lineamientos internos para la implementación de los beneficios de clemencia”, recientemente aprobados por el SIC con motivo de la reforma, las solicitudes de clemencia se tramitarán en expedientes separados del que corresponda a las investigaciones de prácticas anticompetitivas (investigaciones preliminares o procedimientos sancionadores). Estos expedientes estarán protegidos con la declaratoria de reserva y confidencialidad respectiva, en las que se especificará que únicamente el SIC, los miembros designados del equipo de clemencia y el Consejo Directivo de la SC, en su momento, tendrán acceso a esos expedientes.

11. Por consiguiente, la SC mantendrá bajo estricta confidencialidad y anonimato la identidad del solicitante, y tomará las medidas necesarias y procedentes en todo momento para cumplir con ese objetivo. Para garantizar lo anterior, y a fin de resguardar la confidencialidad de la identidad del solicitante, se ha previsto que las resoluciones finales derivadas de los procedimientos sancionadores, en las que figure un solicitante del beneficio, se redacten con la estructura estándar, con los nombres de los sancionados y las multas correspondientes según lo establecido en la LC, y que el beneficio de clemencia sea formalizado en una resolución aparte, en la que se identificará el solicitante o los solicitantes que serán favorecidos con el respectivo beneficio. Sin embargo, es importante señalar que el solicitante que aplique al programa de clemencia podrá renunciar en cualquier momento al anonimato y resguardo de su identidad. De esta renuncia deberá dejarse constancia por escrito.

12. Conscientes de los grandes desafíos que representa para esta Superintendencia la implementación de los programas de clemencia, se están preparando jornadas de capacitación y divulgación para que la población conozca sus beneficios y cómo solicitarlos. Además, se han activado mecanismos de carácter anónimo para hacer más creíble la amenaza de la detección de carteles. Ejemplo de ello son los canales AVISE, que es un formulario colocado en la página web de la SC y el número telefónico 194, a través de los cuales se pueden reportar carteles sin tener que revelar la identidad del informante.

13. Asimismo, la SC está apostando al combate de los carteles por medio de herramientas más agresivas de investigación como los registros o allanamientos. Y es que, según el diseño del programa de clemencia, es posible presentar una solicitud para optar a los beneficios aun después de haber iniciado un procedimiento sancionador y de haberse ejecutado un registro. Esto obedece a que el Reglamento de la Ley de Competencia dispone que la potestad de llevar a cabo registros o allanamientos solo es posible en la instrucción de un procedimiento sancionador, no en la etapa previa que corresponde a una investigación preliminar.

14. Respecto de esto último se propondrán reformas al Reglamento de la Ley de Competencia para garantizar que en las investigaciones preliminares se pueda utilizar el registro con prevención de allanamiento para obtener evidencia directa y robusta de la comisión de un cartel y así instruir el procedimiento sancionador que corresponda. Con dicha reforma se pretende, además, que se promueva la carrera por ser el primero en aplicar a un programa de clemencia, en tanto se tiene la amenaza creíble de la detección, pudiendo el postulante aportar elementos de convicción suficientes que obren en su poder o de los que se pueda disponer, que permitan comprobar la existencia de la práctica anticompetitiva informada y la de sus participantes.

15. En definitiva, la SC espera que con este nuevo programa de clemencia que implica la completa inmunidad (respecto a la multa) para el primer aplicante antes o aun después de haberse iniciado un procedimiento sancionador, se generen los incentivos entre los cartelistas para que comparezcan a reconocer la comisión de la infracción, de tal forma que las investigaciones se realicen en un marco de eficiencia y efectividad, culminando con las correspondientes sanciones y se logre lo más importante que es disuadir a los agentes económicos de seguir incurriendo en prácticas tan perniciosas como los carteles que anulan o afectan gravemente la competencia.