



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
26 de agosto de 2010
Español
Original: inglés

**Sexta Conferencia de las Naciones Unidas
encargada de examinar todos los aspectos
del Conjunto de principios y normas equitativos
convenidos multilateralmente para el control de
las prácticas comerciales restrictivas**

Ginebra, 8 a 12 de noviembre de 2010

Tema 6 a) del programa provisional

Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto

La utilización de programas de indulgencia como herramienta para velar por el respeto del derecho de la competencia en la lucha contra los cárteles intrínsecamente nocivos en los países en desarrollo

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen ejecutivo

Muchos consideran los cárteles intrínsecamente nocivos como el delito más flagrante contra el derecho de la competencia. Actualmente, los programas de indulgencia son la herramienta más efectiva para detectar los cárteles y obtener pruebas de su existencia y los efectos que conllevan. Pero dichos programas solo resultan efectivos si los cartelistas que no se acogen a la indulgencia perciben que es suficientemente probable que se les aplique una sanción significativa. Estos programas implican un compromiso con una pauta de penas diseñada para aumentar los incentivos de los cartelistas a fin de que **comuniquen sus propias conductas** ante la autoridad encargada de aplicar la legislación sobre la competencia. Los programas de indulgencia de los distintos países pueden reforzar mutuamente estos incentivos para los miembros de cárteles internacionales. Varios países en desarrollo cuentan con programas de indulgencia contra los cárteles. En el caso en que otros países en desarrollo quisiesen adoptar programas de indulgencia, sería preciso contar con un compromiso político para combatir los cárteles si se desea que un programa de este tipo sea efectivo.

Índice

<i>Artículo</i>	<i>Página</i>
Introducción	3
I. Teoría de los programas de indulgencia efectivos	4
A. Cártel en una única jurisdicción	5
B. Cártel en dos jurisdicciones	9
C. Diversos cárteles en una única jurisdicción	11
D. Aplicación de la teoría: experiencia	12
II. Programas de indulgencia en países en desarrollo	12
A. Experiencia en cinco países de ingresos medianos	13
B. Experiencia en países en desarrollo con programas menos activos	15
C. Debate	16
III. Opciones de políticas	17
Referencias	19

Introducción

1. Muchos consideran los cárteles intrínsecamente nocivos¹ como el delito más flagrante contra el derecho de la competencia. Los cartelistas se benefician a costa de sus homólogos, a los que engañan o estafan. A este costo se añaden efectos adicionales: transacciones no realizadas, inversiones e innovaciones conocidas de antemano y posible corrupción para mantener el buen funcionamiento del cártel. En consecuencia, muchos países intentan impedir la formación de cárteles y promover su disolución. Entre las políticas contra los cárteles de estos países se incluye el enjuiciamiento y la sanción u otros procedimientos contra los cárteles. Con todo, los cárteles suelen ser secretos, por lo que detectarlos no siempre resulta fácil. Es posible que las autoridades encargadas de la competencia los descubran al realizar otras investigaciones, siguiendo algún dato proporcionado o, a veces, como resultado de la investigación del mercado. De todos modos, la herramienta más efectiva actualmente para detectar cárteles y obtener las pruebas pertinentes radica en los programas de indulgencia. Estos programas ofrecen incentivos a los miembros de cárteles para que comuniquen sus propias conductas ante el organismo de la autoridad encargada de aplicar la legislación sobre la competencia.

2. Un programa de indulgencia es un sistema anunciado públicamente de "condonación parcial o total de las sanciones que de otro modo serían aplicables a un miembro de cártel que informe de su pertenencia a un cártel ante un organismo de la autoridad encargada de aplicar la legislación sobre la competencia". El cartelista debe comunicar su propia conducta y cumplir con otros requisitos determinados. Como regla general, los cartelistas deben confesar, cesar la actividad en el cártel y cooperar plenamente a la hora de facilitar muestras significativas para contribuir en los procedimientos que se lleven a cabo contra otros miembros de cárteles. Por su parte, la autoridad encargada de aplicar la legislación sobre la competencia se compromete con transparencia y credibilidad a facilitar una pauta de penas previsible diseñada para ofrecer incentivos a los cartelistas a fin de que se acojan a programas de indulgencia. Fundamentalmente, la oferta de una indulgencia total o muy significativa está disponible solamente para el primer solicitante; si existe alguna reducción de sanciones para el segundo y el tercer solicitantes, ya no es tan atractiva como para el primero.

3. Entre las condiciones necesarias para que el programa de indulgencia resulte efectivo se incluyen las siguientes:

- a) La aplicación de la legislación contra los cárteles debe ser suficientemente activa para que los miembros de los cárteles crean que existe un riesgo importante de ser detectado y sancionado si *no* se acogen a programas de indulgencia;
- b) Las sanciones impuestas a los cartelistas que no se acojan a programas de indulgencia deben ser significativas y hasta cierto punto previsibles; la sanción impuesta al primer solicitante será mucho menor que la que se aplique a los solicitantes posteriores;
- c) El programa de indulgencia ha de ser suficientemente transparente y previsible para que los solicitantes potenciales intuyan cómo se les tratará;

¹ La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ha definido la conducta de los cárteles "intrínsecamente nocivos" como sigue: "un acuerdo anticompetitivo, una práctica concertada anticompetitiva o un arreglo anticompetitivo establecido por competidores para fijar los precios, manipular las licitaciones (licitaciones colusorias), establecer limitaciones o contingentes de producción o repartirse los mercados asignando clientes, proveedores, territorios o ramos comerciales" (OCDE, 1998). En este informe, el término "cártel" debe entenderse como "cártel intrínsecamente nocivo".

d) Para atraer a cartelistas internacionales, el programa de indulgencia debe proteger la información suficientemente para que el solicitante no se vea más expuesto que aquellos que no solicitan procedimientos en otros lugares.

4. Alrededor de 50 jurisdicciones han declarado que cuentan con un programa de indulgencia contra cárteles. Entre los países de ingresos bajos y medianos, el Brasil, México, la Federación de Rusia y Sudáfrica tienen programas de indulgencia activos. Chile se ha unido recientemente al grupo. Sus programas son similares y funcionan en paralelo con los de los Estados Unidos de América y la Unión Europea (UE), entre otros, jurisdicciones que probablemente reciben el mayor número de solicitudes de indulgencia. Sin embargo, la mayoría de países de ingresos bajos y medianos no cuentan con programas de indulgencia. Como resultado de las solicitudes de indulgencia presentadas en las últimas dos décadas se han detectado unos 100 cárteles internacionales, además de innumerables cárteles nacionales.

5. Este informe examina las condiciones y características que garantizan la efectividad de un programa de indulgencia y revisa los programas de los pocos países con ingresos bajos o medianos que tienen experiencia en este ámbito. Asimismo, expone brevemente las posibles características de los países en desarrollo que podrían influir en la efectividad de los programas de indulgencia. Finalmente, ofrece opciones de políticas para los países en desarrollo.

I. Teoría de los programas de indulgencia efectivos

6. La entrada de empresas, las crisis externas y los cambios en el sector son las causas más comunes que provocan la caída de un cártel. Según el examen de la documentación empírica sobre cárteles, los problemas de negociación representan una causa de colapso más frecuente que el engaño. Los cárteles de mayor éxito elaboran mecanismos para adaptarse a los cambios externos, lo que reduce la necesidad de renegociar. Sin embargo, el engaño puede evitar la convergencia de algunos cárteles.

7. Asimismo, la autoridad encargada de aplicar la legislación sobre la competencia figura entre la lista de causas de colapso de un cártel. Sin embargo, a pesar de que se aplicaron sanciones más estrictas en la última década, el continuo descubrimiento de cárteles indica que la disuasión no alcanza todavía los niveles deseados². En parte, esto se debe a cárteles descubiertos que no han sido sancionados en todas las jurisdicciones en las que actuaban y a la imposición de sanciones que no tienen en cuenta el perjuicio que causan en los mercados extranjeros³.

² En los Estados Unidos de América, las multas calculadas según las Directrices sobre la imposición de penas "suelen ser demasiado bajas como para disuadir a los cárteles" (Connor y Lande, 2008: 2216). La detección de cárteles se mantiene: en septiembre de 2009, la División Antimonopolio tenía 144 investigaciones del gran jurado pendientes, con alta probabilidad de estar investigando posibles cárteles, la cifra más elevada desde 1992 (Estados Unidos de América, 2010).

³ "Los estudiosos de los cárteles internacionales modernos suelen pensar que las políticas de competencia actuales no pueden disuadir significativamente la reincidencia porque están '...orientadas hacia el perjuicio que se causa en los mercados nacionales... [o] simplemente prohíben los cárteles sin [establecer sanciones suficientemente estrictas]'. El promedio total de las sanciones pecuniarias atribuibles a los cárteles internacionales descubiertos en el período 1990-2005 fue del 3,5% de las ventas. De los 14 cárteles mundiales de la muestra que recibieron sanciones cuatro veces (en el Canadá y la Unión Europea —UE— y dos veces en los Estados Unidos de América), el promedio de la sanción pecuniaria total fue del 16,3% de las ventas. Los cárteles mundiales, pese a su repercusión en los mercados globales, raramente reciben sanciones fuera de América del Norte y Europa. Si bien el nivel óptimo de las multas para disuadir a los cárteles está sujeto a debate, las proporciones actuales sin duda son demasiado bajas (Connor, 2006: 198).

8. Los programas de indulgencia están diseñados para ofrecer incentivos a los miembros de cárteles para identificarse, confesar y ayudar a las autoridades encargadas de aplicar la legislación sobre la competencia. Su objetivo es provocar la ruptura a través de la confianza y el beneficio mutuo en el núcleo del cártel. Los programas recompensan a uno, o a muy pocos, de los denunciantes con una amplia reducción de las sanciones (en comparación a lo que supone no acogerse a la indulgencia), pero no al resto de los miembros. Dicho de otro modo, aumentan el atractivo de denunciar, especialmente de ser el primer denunciante, frente a la opción alternativa de continuar con el cártel.

9. La aplicación de sanciones diferentes para la misma conducta ilícita puede parecer injusta o discriminatoria, pero los programas de indulgencia están disponibles para cualquier cartelista (si son los primeros en solicitarlos o, en algunos programas, también los segundos o terceros) con idénticas condiciones.

10. Los programas de indulgencia tienen como objetivo los cárteles secretos. Al ser ilegales y estar perseguidos activamente en muchas jurisdicciones importantes desde el punto de vista económico, los miembros de los cárteles desean mantenerlos en secreto. Los miembros limitan, destruyen o esconden pruebas relacionadas con la existencia, el funcionamiento o los efectos de los cárteles. Un miembro de un cártel que se acoge a la indulgencia describe cómo funciona el cártel, aporta pruebas y las explica ante las autoridades encargadas de aplicar la legislación sobre la competencia, pudiendo incluso testificar contra el resto de miembros.

11. Una política de indulgencia efectiva aumenta la sanción prevista atribuible a la creación de cárteles. Si bien algunos cartelistas reciben una sanción menor, el aumento resultante del número de investigaciones implica que se consigue sancionar a un mayor número de cartelistas. De esta manera se compensan las menores multas que se aplican a quienes se acogen a la indulgencia. La expectativa de una sanción mayor desalienta a los cárteles.

12. La indulgencia no es lo mismo que un acuerdo entre las partes. La indulgencia es pertinente en una etapa inicial, antes de que el organismo responsable en materia de competencia sea consciente de la existencia del cártel, o, según otros programas, antes de que cuente con pruebas suficientes para iniciar un procedimiento, judicial por ejemplo. Por el contrario, el acuerdo es un entendimiento entre las partes después de que el organismo haya finalizado la investigación pero antes de que el organismo encargado de la adjudicación haya adoptado una decisión. El acuerdo entre las partes tiene como objetivo reducir los costes y los retrasos de la adjudicación.

13. Los párrafos siguientes describen el modo en que los programas de indulgencia alteran los incentivos de los cartelistas, primero en lo que atañe a una única jurisdicción y, después, para dos jurisdicciones. Este último caso es pertinente para los cárteles internacionales.

A. Cártel en una única jurisdicción

14. A la hora de decidir entre informar a las autoridades o, en su lugar, continuar con el cártel, un cartelista compara los costos y las ventajas asociados a los tres cursos de acción posibles: continuar con el cártel, disolverlo silenciosamente o acogerse a la indulgencia.

Los enjuiciamientos del caso de cártel *Mangueras marinas* ilustran que las sanciones no tienen en cuenta el perjuicio que causan en otros lugares. La negociación de los cargos y la condena alcanzada en los Estados Unidos de América asegura explícitamente que los cargos de los Estados Unidos de América se limitan al comercio de los Estados Unidos de América y que los cargos del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte se limitan al suministro del Reino Unido (ICN, 2009b: 4-8) considerando aparte el Brasil (OCDE, 2009: párr. 17).

Nos centraremos en el primer y último curso de acción posibles. La segunda opción, disolver el cártel silenciosamente, tiene sentido si el riesgo de sanción ha aumentado pero el programa de indulgencia no ofrece atractivo.

15. Los costos y las ventajas dependen de los mercados y de las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de la competencia. Las autoridades, a través de la adopción de medidas contra los cárteles y programas de indulgencia, alteran los incentivos de los cartelistas a fin de provocar la disolución de los cárteles o la presentación de solicitudes de indulgencia.

16. Acogerse a la indulgencia, lo que termina con un cártel, conlleva el sacrificio de los beneficios que se podrían obtener de éste y, si no se garantiza la indulgencia totalmente, es posible que se sufran sanciones. En el caso de que sea poco probable que un cártel no vaya a ser sancionado, o de que las sanciones sean mínimas, las pérdidas seguras de acogerse a la indulgencia superan el pequeño riesgo de detección y sanción: los miembros de los cárteles tenderán a no acogerse a la indulgencia y no se respetará la legislación contra cárteles.

17. Incluso si los incentivos son suficientemente importantes para fomentar las solicitudes de indulgencia, los cárteles y los cartelistas difieren: los cárteles muy provechosos pueden continuar aun cuando los menos provechosos no lo hagan. Las empresas más adversas al riesgo pueden acogerse a la indulgencia si no están seguras de haber infringido la ley, o si no quieren correr ningún riesgo —por pequeño que sea— de ser detectadas y sancionadas.

18. Para fomentar las solicitudes de indulgencia, tanto la indulgencia con ausencia de sanciones como la reducción de sanciones si alguien comunica su propia conducta deben ser amplias y previsibles. Si la sanción aplicada por la creación de cárteles es demasiado baja, no deja mucho margen de provecho para aquellos que se acogen a la indulgencia. "Sanción", aquí, se refiere no a la cuantía máxima que figura en el cuerpo legal sino la que se prevé que se vaya a aplicar. Esto tiene en cuenta, entre otros, sanciones reales de casos anteriores, políticas de acuerdos reales entre partes y retrasos previstos en el pago de sanciones. Es preciso contar con algún grado de previsibilidad de las sanciones con y sin indulgencia para permitir que los posibles solicitantes calculen aproximadamente los costos y las ventajas que conlleva acogerse a la indulgencia. La previsibilidad puede aumentarse más mediante la eliminación de la discrecionalidad de enjuiciamiento: si un solicitante cumple determinadas condiciones establecidas claramente, la indulgencia se concede de manera automática. De esta manera, también se aumentaría la percepción de justicia y de no favoritismo. Las directrices públicas, combinadas con actividades de capacitación como el *ICN Cartel Workshop* para armonizar aplicación con política, contribuyen a la previsibilidad.

19. El primer solicitante debe recibir un trato mucho más favorable que el segundo. Si el segundo solicitante recibe un trato similar al del primero, habrá menos incentivos para apresurarse; cada cartelista puede esperar hasta que crea que se ha realizado la primera solicitud. De esta manera, los cartelistas pueden ignorar la recompensa que supone participar en una carrera de solicitudes. Muchos programas ofrecen indulgencia total (sin sanciones) para el primer solicitante; otros pueden limitar la reducción, por ejemplo, a la mitad o dos tercios.

20. El concepto de sanción incluye todo tipo de consecuencias. Además de las sanciones impuestas por instituciones gubernamentales, el entorno social también puede imponer sanciones no oficiales. Cuanto mayores son las sanciones sociales por "entregar" a los socios de la empresa en comparación con aquellas que implican ser tildado de cartelista, más deben ajustarse las sanciones oficiales a fin de mantener la efectividad del programa de indulgencia. Las sanciones sociales pueden ser bastante considerables en los países en desarrollo en los que las consideraciones de confianza y las relaciones personales suelen

desempeñar un papel importante en la empresa. Las sanciones sociales pueden incluir actos violentos y el rechazo. Asimismo, cabe destacar las sanciones impuestas según procedimientos de seguimiento (véase a continuación).

21. En algunas jurisdicciones las personas físicas responden de la creación de carteles. Las sanciones pueden incluir multas, penas de prisión y prohibiciones temporales o permanentes como consecuencia de actuar como director o encargado en una empresa. Los programas de indulgencia en jurisdicciones donde se puede sancionar a las personas físicas normalmente conceden inmunidad ante el enjuiciamiento a aquellas personas físicas que cooperen en la empresa correspondiente simultáneamente con la concesión de indulgencia a la empresa. El hecho de no tener en cuenta los incentivos de las personas físicas puede acabar socavando un programa de indulgencia corporativo. Si no se concede a las personas físicas la inmunidad ante el enjuiciamiento simultáneamente con su empresa, pueden influir en la adopción de decisiones corporativas lejos de acogerse a la indulgencia por preocupación, en parte, al verse personalmente implicadas. Algunos programas de indulgencia permiten a las personas físicas acogerse a la indulgencia independientemente de la empresa en la que estén o hayan estado empleados.

22. La oferta de indulgencia cambia la percepción sobre las posibilidades de detección. El cálculo de cada miembro de cártel en cuanto a si debería acogerse a la indulgencia tiene en cuenta los cálculos de otros miembros. Si un cartelista está a punto de confesar, se puede asumir que otros también están en esa situación, quizás porque ambos están expuestos al mismo contexto de "entrada de empresas, crisis externas y cambios en el sector". Otra posibilidad es que un cartelista intuya que otro está tentado a confesar por motivos idiosincrásicos. Puesto que se aplican sanciones por llegar tarde, el cartelista revisa sus propias convicciones en relación al riesgo de esperar más o apresurarse a confesar. En algunas de estas carreras, existe una diferencia de pocos minutos entre la primera y la segunda solicitudes.

23. Dicho de otro modo, puede transcurrir un período largo en que el cártel es estable. En algún momento, puede acontecer un cambio que incite a los cartelistas a revisar sus expectativas. Si esto ocurre, es probable que los cartelistas compitan por comunicar su propia conducta. Entre las causas de dichos cambios pueden encontrarse las crisis del mercado, los cambios en las políticas contra los cárteles de las autoridades encargadas de la competencia y los cambios en la identificación corporativa. Por ejemplo, unos nuevos propietarios pueden descubrir una conducta de cártel continuada y acogerse a la indulgencia para reducir su responsabilidad o para distanciarse de una conducta que se considera delictiva en la cultura de su país.

24. Los programas de indulgencia difieren respecto a quién puede acogerse a ellos. Muchos permiten acogerse a los solicitantes tanto en el caso en que el organismo encargado de la competencia no tenga conocimientos del cártel como cuando los tenga pero carezca de pruebas para proceder. Muchos excluyen a todos excepto al primer solicitante, o a todos menos a los dos o tres primeros. Esta forma de actuar no es tan estricta como pueda parecer a primera vista, ya que los últimos solicitantes pueden disfrutar de reducciones de sanciones gracias a un proceso de acuerdo entre las partes. Algunos programas excluyen a aquellos que han coaccionado a otros miembros de cárteles o que eran sus cabecillas. Muchos programas permiten a los posibles solicitantes sondear, a menudo de manera anónima, si pueden optar a la solicitud antes de presentarla.

25. Numerosos programas requieren una "revelación total y franca y cooperación continua por parte del solicitante, y, si procede, de los superiores del solicitante así como de sus encargados y empleados". Asimismo, suelen requerir que el solicitante detenga las actividades del cártel, pese a que algunas autoridades en materia de competencia pueden ordenar a los solicitantes que cooperen en los procedimientos contra el resto de cartelistas.

26. Muchos programas de indulgencia tienen un sistema de "indicadores". Los indicadores establecen el lugar que ocupa el solicitante en la lista de espera, pero debe cumplirse una revelación de datos mínima y los requisitos de cooperación antes de una fecha límite.

27. La indulgencia se concede con condiciones. Puede retirarse si un solicitante no cumple, por ejemplo, con el requisito de cooperación continua. Pese a que la incertidumbre sobre las condiciones que provocan la retirada reduce la previsibilidad de un programa, el hecho de no retirar la indulgencia a los solicitantes que incumplan las condiciones puede socavar el programa.

Puntos adicionales

28. Las autoridades encargadas de aplicar la legislación de la competencia pueden aumentar la efectividad de un programa de indulgencia asignando mejor los recursos para la detección de cárteles; por ejemplo, meses después de que la Comisión de Competencia de Sudáfrica anunciase que iba a prestar una atención especial sobre los sectores de la infraestructura y la construcción, recibió solicitudes de indulgencia relacionadas con los cárteles de, respectivamente, productos de cemento prefabricado y cloruro de polivinilo así como en tuberías de polietileno⁴. Este enfoque pone en riesgo la aparición de cárteles fuera del ámbito de atención. Otra opción consiste en asignar los recursos sobre la base de que la creación de cárteles es una conducta aprendida.

29. El "establecimiento de perfiles de los cárteles" significa centrarse en otros mercados en que los cartelistas declarados también estén activos. Tanto los miembros corporativos comunes como las personas físicas activas en un cártel pueden conducir, a través de empleos o relaciones anteriores, a otros cárteles.

30. Las reducciones de sanciones en un proceso de acuerdo entre las partes pueden minar la efectividad del programa de indulgencia. Los descuentos previstos por acuerdo entre las partes que sean excesivos reducen el atractivo de la oferta de indulgencia. Por ejemplo, la Comisión Europea intentó limitar el efecto de menoscabo restringiendo los descuentos por acuerdo entre las partes al 10%, en contraste con los descuentos de indulgencia que alcanzaban hasta el 100%.

31. En algunas jurisdicciones, no son las autoridades encargadas de la competencia las que procesan los casos de cárteles sino una institución diferente, por ejemplo el fiscal. Se entiende que los posibles solicitantes de indulgencia sean escépticos respecto a si las promesas de una institución se mantienen en la otra. Pese a esto, tanto las autoridades encargadas de la competencia del Brasil como de Australia han convencido a sus fiscales de delitos penales para que apliquen el programa de indulgencia contra cárteles.

32. La elección entre la aplicación del derecho administrativo, civil o penal (o ningún derecho) a los cárteles afecta a la conducta de la empresa. Las multas impuestas según el derecho administrativo o civil pueden considerarse simplemente como un costo que conlleva la práctica del negocio. El derecho penal puede imponer no solamente multas sustanciosas a las empresas y sanciones a las personas físicas sino que también refleja un juicio social relativo a una conducta inaceptable. En consecuencia, el derecho penal aporta a los programas de indulgencia un beneficio adicional, puesto que las sanciones pueden ser mayores y aplicables a las personas físicas. Sin embargo, el procesamiento del derecho penal impone costos y limitaciones. Unas normas probatorias mayores exigen más recursos. Si un organismo diferente se encarga de procesar los delitos, se deben diseñar prioridades y una estrategia de coordinación. Las jurisdicciones que procesan los cárteles penalmente

⁴ Este último elemento también podría haberse descubierto mediante un asunto no relacionado, una investigación y la prohibición de una fusión.

incluyen a Australia, el Brasil, Canadá, el Reino Unido y, desde las últimas décadas, los Estados Unidos de América.

33. Un sistema anticorrupción robusto sirve de complemento para los programas de indulgencia. Un funcionario puede, por ejemplo, condicionar la indulgencia a la entrega de un soborno⁵. En un caso en que un funcionario encargado de la competencia intentó obtener un soborno por parte de un posible solicitante de indulgencia, el cartelista informó de la extorsión a la policía y el funcionario fue condenado.

34. Las cuestiones anteriores ocurren cuando un cártel es de ámbito nacional o internacional. La parte siguiente trata cuestiones que surgen si los cárteles actúan en dos o más jurisdicciones.

B. Cártel en dos jurisdicciones

35. Un cártel que pueda ser sancionado en dos o más jurisdicciones presenta consideraciones adicionales tanto por parte de los cartelistas como por parte de las autoridades encargadas de aplicar la legislación sobre la competencia. Los programas de indulgencia pueden influirse entre ellos, ya sea de forma positiva o negativa. Asimismo, las acciones de seguimiento minan los programas de indulgencia. No obstante, los encargados de aplicar la legislación pueden atenuar los efectos negativos. Las economías pequeñas tienen consideraciones especiales. Estas cuestiones se comentan a continuación.

1. Efectos indirectos

36. Los programas de indulgencia pueden reforzarse mutuamente. Una aplicación simultánea en diversas jurisdicciones, junto a una renuncia para permitir el intercambio de información confidencial, permite llevar a cabo investigaciones coordinadas contra el resto de cárteles. Si bien se insta a las autoridades encargadas de la competencia a alentar a los solicitantes de indulgencia a optar por ella simultáneamente en varias jurisdicciones⁶, muchas autoridades simplemente preguntan a los solicitantes si han solicitado la indulgencia en otro lugar o si tienen intención de hacerlo.

37. Por otro lado, un programa de indulgencia puede verse debilitado si otra jurisdicción impone sanciones significativas y carece de un programa de indulgencia efectivo. Este efecto se produce cuando la segunda jurisdicción carece totalmente de un programa de este tipo o bien si existe dicho programa pero no resulta atractivo. La amenaza de sanción en la segunda jurisdicción desmotiva a los solicitantes de la primera. Considérese la situación en que la jurisdicción A cuenta con un programa de indulgencia bien diseñado pero en que la jurisdicción B no cuenta con ninguno, o con uno carente de atractivo. Si se solicita la indulgencia en A se aumenta el riesgo de sanción en B, por lo que solicitarla en A resulta menos atractivo (estos efectos indirectos negativos no existen si la sanción en la segunda jurisdicción es insignificante o muy improbable). El efecto es real: "A lo largo del tiempo, hemos aprendido [División Antimonopolio, Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América] que en ocasiones los miembros de cárteles internacionales no habían solicitado la amnistía en una jurisdicción porque eso implicaba exponerse más en otra jurisdicción que no contaba con una política de amnistía previsible y transparente".

⁵ El informe de Clarke y Evenett (2003) trata de la legislación contra los cárteles y de su cumplimiento como manera de crear oportunidades para la corrupción de funcionarios y acoso en el sector privado (n. al pie 39).

⁶ "Ocho o más" es el mayor número de jurisdicciones en las que se ha solicitado la indulgencia simultáneamente, según datos de principios de 2008 (Hammond, 2008).

38. De forma similar, las demandas civiles privadas de seguimiento interpuestas por los daños y perjuicios derivados de una infracción de la legislación antimonopolio pueden reducir la efectividad del programa de indulgencia a escala mundial. Estas demandas suelen basarse en las condenas penales de cartelistas de los Estados Unidos de América y pueden aumentar sustancialmente las consecuencias financieras de ser declarado culpable. En la causa *Hoffmann-LaRoche c. Empagran* de 2004 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América la sentencia fue favorable a quien tenía la posición de denunciar por daños y perjuicios civiles por infracción de la legislación antimonopolio en los tribunales de los Estados Unidos de América de acuerdo con la legislación antimonopolio de aquel país. Diversos gobiernos, incluido el de los Estados Unidos de América, abogaron en sus escritos *amicus curiae* a favor de limitar la legitimación procesal ya que temían que sus programas de indulgencia resultarían menos efectivos si existiese la posibilidad de demandar a los cartelistas a los que se había concedido la indulgencia por daños y perjuicios en los Estados Unidos de América. Si bien el Tribunal no determinó si la efectividad de los programas de indulgencia se vería ciertamente menoscabada, limitó la legitimación procesal basándose en el principio de la reciprocidad.

39. Las autoridades encargadas de aplicar la legislación sobre la competencia están intentando atenuar estos efectos indirectos negativos, por ejemplo limitando la información disponible para las acciones de seguimiento. Algunas mantienen la confidencialidad perpetua de las identidades de las empresas a las que se ha concedido la indulgencia. Muchas aceptan declaraciones corporativas que no consten por escrito y las archivan de forma confidencial⁷. De forma más general, los principios de la reciprocidad internacional recomiendan que los tribunales no exijan documentación si ésta perjudica el cumplimiento de la legislación de otra jurisdicción. Para reducir las repercusiones de los efectos indirectos de las demandas antimonopolio civiles privadas en los Estados Unidos de América, la Ley de reforma e incremento de las sanciones penales antimonopólicas, entre otras, redujo la responsabilidad de los receptores de la indulgencia de asumir daños y perjuicios, que era del triple del importe de los daños y perjuicios causados, a la cantidad real de los daños provocados.

40. Las condiciones incompatibles desmotivan a los solicitantes de indulgencia en numerosas jurisdicciones. Por ejemplo, una jurisdicción puede requerir que el solicitante continúe en el cártel para recabar pruebas o salvaguardar la investigación mientras que otra puede exigir el cese inmediato de las actividades del cártel. Asimismo, los requisitos que dejan en desventaja a los solicitantes en una segunda jurisdicción desalientan la presentación de solicitudes.

41. En resumen, las acciones de otras jurisdicciones pueden fortalecer o debilitar un programa de indulgencia. Los programas de indulgencia pueden reforzar mutuamente los incentivos a solicitar la indulgencia en varias jurisdicciones. Las solicitudes simultáneas combinadas con renunciaciones a permitir el intercambio de información confidencial pueden garantizar investigaciones coordinadas y más efectivas. No obstante, una jurisdicción que impone sanciones importantes pero carece de un programa de indulgencia atractivo socava los programas de las demás jurisdicciones. Asimismo, las demandas privadas de seguimiento por daños y perjuicios por infracción de la legislación antimonopolio minan los incentivos de acogerse a la indulgencia. Las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley pueden atenuar los efectos indirectos negativos mediante la reducción de la información disponible relativa a medidas de seguimiento y con la modificación de los requisitos perjudiciales o incompatibles impuestos a los solicitantes de indulgencia. La

⁷ En comentarios a Nueva Zelanda, la Asociación Internacional de Abogados advirtió que las declaraciones por escrito pueden conllevar un efecto perjudicial para un solicitante de indulgencia "en los procedimientos de otras jurisdicciones y en las demandas por daños y perjuicios" (IBA, 2009: punto 2.15 a)).

sección siguiente considera la situación de una jurisdicción que puede imponer como máximo una pequeña multa a los cartelistas.

2. Pequeñas economías

42. Las características de las pequeñas economías alteran la importancia relativa de algunos de los puntos expuestos anteriormente. La cantidad de empresas o empresarios puede ser pequeña. Las sanciones máximas pueden ser reducidas, y para los cartelistas internacionales puede resultar fácil evitar las pequeñas economías. Estas características pueden afectar al diseño o incluso al beneficio de un programa de indulgencia.

43. Una población limitada de empresas o empresarios puede aumentar la importancia relativa de las sanciones no oficiales y, por lo tanto, disminuir la efectividad de las reducciones de sanciones oficiales incluidas en un programa de indulgencia. La importancia empírica de esta cuestión es discutible: los funcionarios de Jamaica creen que la detección y la investigación de cárteles resulta más difícil en una pequeña economía: "las relaciones están muy interconectadas"; actuar como informador puede derivar en la exclusión social, quizás hasta en lesiones físicas; las medidas no oficiales pueden socavar las investigaciones de las autoridades encargadas de la competencia. En contraste, Singapur, con menos del doble de la población pero con un PIB equivalente a 10 veces el de Jamaica (según la PPA), tuvo el primer solicitante en 2010 tras adoptar su primera decisión relativa a las infracciones de los cárteles en 2008 y un programa de indulgencia en 2009. Pese a que todavía es demasiado pronto para hacer valoraciones, una población pequeña no necesariamente debe ser un impedimento para llevar a cabo un programa de indulgencia efectivo para la detección de cárteles nacionales.

44. Es probable que los cartelistas internacionales cuenten con escasos incentivos para acogerse a la indulgencia en una jurisdicción pequeña. En primer lugar, los mercados pequeños implican sanciones bajas, incluso aunque los recargos por pertenecer a un cártel sean mayores. En el breve intervalo en que se busca la indulgencia, un cartelista otorga menor prioridad a las jurisdicciones en las que tiene una menor exposición o que cuentan con procedimientos que requieren tiempo: es mejor arriesgarse a sufrir una sanción pequeña que poner en peligro la indulgencia cuando se corre el riesgo de sufrir una sanción elevada. En segundo lugar, los bajos beneficios potenciales podrían sugerir otras decisiones corporativas: la responsabilidad se convierte en más teórica si uno puede evitar visitar la jurisdicción, ser extraditado a ella o poseer activos en ella.

45. En consecuencia, es probable que una pequeña economía experimente mayores obstáculos para el desarrollo de un programa de indulgencia efectivo, si bien es posible que esta situación afecte menos a los cárteles nacionales. Probablemente muchos países en desarrollo pueden describirse como "pequeñas economías".

C. Diversos cárteles en una única jurisdicción

46. Los programas de indulgencia han evolucionado a fin de incrementar los incentivos. Se sirven del hecho de que las empresas suelen proveer a muchos mercados y que la conducta de los cárteles aprendida en un mercado se puede aplicar en otros. Determinadas disposiciones alientan al cartelista disponible a que descubra cárteles adicionales en los que está implicado.

a) El programa de amnistía llamado "Amnesty Plus" alienta a una empresa en investigación por motivo de cártel a acogerse a la indulgencia con respecto a otra, y obtener no sólo una reducción de sanción en relación al nuevo cártel descubierto sino también respecto al cártel que ya se está investigando;

b) El programa "Penalty Plus" aumenta las sanciones si una empresa que podría haberse beneficiado del programa "Amnesty Plus" no lo ha hecho y posteriormente el cártel se ha descubierto y procesado con éxito;

c) La "pregunta Ómnibus" se plantea a personas que son testigos bajo juramento en la investigación de un cártel. Se les pregunta si saben algo relacionado con la actividad de cárteles en cualquier otro mercado aparte del que se está examinando. Al estar sometido a sanciones de perjurio, estas personas tienen mayor voluntad para descubrir otros cárteles.

47. Esta combinación de sanciones y recompensas parece funcionar. En 2004, las pistas de más de la mitad de las investigaciones de cárteles activos en aquel momento de los Estados Unidos de América han generado investigaciones en otros mercados. Los casos de cárteles *Vitaminas* (12 mercados independientes) se descubrieron en cascada como consecuencia de una serie de investigaciones encadenadas. Otra cadena de investigaciones condujo del caso de cártel *Lisina* al de *Ácido cítrico*, y posteriormente al de *Gluconato de sodio*, al de *Eritorbato sódico* y al de *Maltol*. De esta manera se ha inspirado a otras jurisdicciones para que adopten disposiciones similares.

D. Aplicación de la teoría: experiencia

48. La mayoría de las investigaciones llevadas a cabo en los Estados Unidos de América y por parte de la Comisión Europea han recibido la ayuda de solicitudes de indulgencia. Connor estudió la indulgencia relativa a los cárteles tomando como base información disponible públicamente que, necesariamente, resulta incompleta. El autor atribuye a las solicitudes de indulgencia la detección de 87 cárteles (en aumento) que afectaron al menos a dos continentes durante el período 1990-2008. Asimismo, estima que se concedieron 133 amnistías (indulgencia total) en todo el mundo en relación con estos cárteles. El desglose fue como sigue: 43 (Comisión Europea), 42 (Estados Unidos de América), 20 (Canadá), 15 (nueve autoridades nacionales encargadas de la competencia en la Unión Europea) y 13 (República de Corea, Sudáfrica, el Brasil y Australia).

49. La formación de nuevos cárteles parece haber descendido. Un estudio descubrió un pico en la formación de nuevos cárteles a principios de los años noventa en las regiones mundial, europea y norteamericana. El descenso en la formación de nuevos cárteles en América del Norte coincide en los Estados Unidos de América con la aplicación de sanciones más estrictas (la fijación de precios se convirtió en delito en 1987 y la multa corporativa establecida por la ley aumentó de 1 millón de dólares de los EE.UU. antes de 1990 a 100 millones de dólares de los EE.UU. después de 2004), un aumento de la prioridad del enjuiciamiento de cárteles internacionales con posterioridad a 1992, la introducción de mejoras en la efectividad del programa de indulgencia y la demostración de la capacidad de enjuiciar eficazmente los casos (*Lisina* y *Ácido cítrico* en el período 1995-1996). En Europa, el descenso es coherente con una mayor prioridad de las investigaciones sobre cárteles. No se identificaron las causas del cambio de los cárteles mundiales.

II. Programas de indulgencia en países en desarrollo⁸

50. Unos cuantos países en desarrollo combaten activamente los cárteles, inclusive a través de la utilización de programas de indulgencia. Sin embargo, la inmensa mayoría de los países en desarrollo parece no hacerlo. Este capítulo explora las posibles diferencias sistemáticas entre los países desarrollados y los países en desarrollo que influirían en el

⁸ El término "país en desarrollo" se refiere aquí a un país de ingresos bajos o medianos según la definición del Banco Mundial.

valor de un programa de indulgencia si una jurisdicción combatiese de forma activa los cárteles. Se inicia con una descripción de la experiencia de cinco países de ingresos medianos con programas de indulgencia activos contra los cárteles y, de forma más breve, algunos de ellos con los elementos que los conforman.

A. Experiencia en cinco países de ingresos medianos

51. Cinco países de ingresos medianos (Sudáfrica, el Brasil, Chile, México y la Federación de Rusia) cuentan con programas de indulgencia activos. Sus programas no difieren de manera significativa de aquellos de los países tradicionalmente desarrollados. Su experiencia, que se examina a continuación, puede esclarecer por qué los países más desarrollados no cuentan con estos programas y si sería útil introducirlos.

1. Sudáfrica

52. La Comisión de Competencia instituyó un programa de indulgencia en 2004, que se revisó en 2008. La Ley de la competencia incluye sanciones para cárteles de hasta el 10% de los ingresos anuales corporativos de los cartelistas. La Ley enmendada de la competencia de 2009 debería, tras su entrada en vigor, tipificar como delito la conducta de los cárteles e imponer una responsabilidad personal; han surgido preguntas en cuanto a si este cambio aumentaría la efectividad. La política de indulgencia permite la indulgencia total (inmunidad) solo para el primer solicitante que opte a ella; los solicitantes subsiguientes pueden obtener una reducción de sanciones mediante acuerdos extrajudiciales. La política de indulgencia se examinó, entre otros motivos, para aumentar la previsibilidad en relación a qué aspectos deberían cumplir los solicitantes para poder optar a la indulgencia. Otros cambios permitieron la aceptación de solicitudes verbales o sin constancia escrita y aplicaron un sistema de indicadores. Se recibieron 44 solicitudes de indulgencia hasta septiembre de 2009; más de dos tercios de ellas se recibieron en los 12 meses previos al 30 de junio de 2009. Muchas corresponden a los sectores de la construcción, la energía y el transporte.

53. El enjuiciamiento de los cárteles no resultó ser la principal prioridad en los primeros años de las instituciones modernas, establecidas en 1999. Los recursos se centraron en el examen de las fusiones, el aumento de la concienciación sobre las nuevas normas de la competencia así como en probar y crear prácticas y procedimientos. En 2003, el Comisionado anunció que se debía dedicar más atención y un mayor volumen de recursos a los cárteles. Se acordaron sanciones en acuerdos entre las partes para varios casos de cárteles, especialmente 20 millones de rands (International Health Distributors) y 223.000 rands (Pretoria Association of Attorneys) durante el período 2003-2004. Estos acuerdos entre cárteles de alto perfil pusieron de manifiesto que a partir de entonces los cárteles se enfrentarían a sanciones importantes. El programa de indulgencia, que ofrece una alternativa a los cartelistas, se aprobó en febrero de 2004. La primera solicitud se recibió el mismo año.

2. Brasil

54. Los cárteles en el Brasil están sometidos tanto al derecho administrativo como penal. Las multas administrativas para los cárteles oscilan entre el 1% y el 30% de los ingresos totales, y las multas que recaen sobre personas físicas son del 10% al 50% de la multa impuesta a la empresa respectiva. Entre el resto de sanciones se puede incluir la exclusión de la contratación pública o del acceso a créditos bancarios oficiales durante cinco años. Los delitos penales incluyen multas penales y penas de prisión de dos a cinco años.

55. La indulgencia para cárteles se introdujo en el año 2000 mediante un cambio de legislación. El primer acuerdo de indulgencia se concluyó en 2003. A mediados de 2009 se habían firmado aproximadamente 15 acuerdos de indulgencia y los tribunales penales declararon culpables al menos a 29 ejecutivos por implicación en cárteles. La cantidad de órdenes de registro expedidas para obtener pruebas sobre cárteles, un indicador de la actividad en contra de los cárteles, va en aumento: de 30 en el período 2003-2006 a 84 en 2007 y 93 en 2008.

56. El programa de indulgencia permite a los solicitantes recibir una reducción de uno o dos tercios respecto a las sanciones financieras, según la efectividad de la cooperación y la buena fe del solicitante. Si la autoridad no tenía conocimiento del cártel cuando se recibió la solicitud, es posible conceder la inmunidad total. Las personas físicas pueden conseguir la inmunidad como consecuencia del enjuiciamiento administrativo y penal. El solicitante debe ser el primero en ponerse en contacto con las autoridades, no haber sido el cabecilla, confesar, cesar la actividad del cártel y cooperar efectivamente con la investigación. El solicitante debe presentarse antes de que la SDE (Secretaría de Derecho Económico del Ministerio de Justicia) tenga suficiente información para asegurar la condena del solicitante. Para beneficiarse de la solicitud de indulgencia de la empresa, las personas físicas deben firmar el acuerdo de cooperación de la misma forma que la empresa. Las personas físicas pueden optar a la indulgencia de manera individual si la empresa no se presenta como solicitante. Un sistema de indicadores reserva un lugar en la lista de espera durante un máximo de 30 días. Existe una disposición "Leniency Plus".

57. La Ley de la competencia actual se aprobó en 1994. En 2000, la OCDE recomendó reasignar los recursos hacia los cárteles, entre otras cosas, en lugar de destinarlos a investigar fusiones inofensivas. La SDE obtuvo la autoridad de realizar incursiones matutinas y conceder la indulgencia en 2000, pero solo en 2002 se otorgó autoridad a la policía federal para ayudar en las investigaciones de cárteles internacionales. En 2003, la SDE se reorganizó internamente para centrarse en los cárteles y cerró acuerdos con la policía federal y los contratistas públicos a fin de llevar a cabo investigaciones conjuntas de cárteles, civiles y penales. Ese mismo año, el CADE (Consejo Administrativo de Defensa Económica) empezó a imponer multas importantes y la SDE llevó a cabo dos incursiones matutinas. En octubre de 2003 llegó la primera solicitud de indulgencia. Como consecuencia de ello, se impusieron multas por un total de más de 40 millones de rands, de los cuales el solicitante de indulgencia no tuvo que pagar nada. El número de acuerdos de indulgencia alcanzó un total de 15 a finales de ese año. A lo largo del tiempo, las sanciones han aumentado; por ejemplo, del 1% de los ingresos totales en la primera decisión sobre cárteles del CADE en el año 1999 al 22,5% en virtud de una decisión de 2008.

3. Chile

58. Los cárteles se han convertido en la principal prioridad de la FNE (Fiscalía Nacional Económica), la autoridad encargada de la competencia, en materia de aplicación de la ley. La multa más alta relacionada con los cárteles en el año 2009 es de aproximadamente 8 millones de dólares de los EE.UU., aunque el máximo legal para empresas y personas físicas es de alrededor de 22,5 millones de dólares de los EE.UU.

59. La indulgencia (parcial o total) fue posible gracias a la introducción de enmiendas en la ley de la competencia, que entraron en vigor en 2009. Para poder optar a la indulgencia, el solicitante debe ser el primero en presentar la solicitud, no haber sido el cabecilla, facilitar "información precisa, verdadera y verificable" que contribuya efectivamente a respaldar la reclamación ante el tribunal, cesar la actividad del cártel y mantener en secreto su solicitud de indulgencia hasta que la FNE presente cargos o los casos estén archivados. La FNE no puede solicitar una reducción de la multa superior al 50% por parte del Tribunal de la Competencia, en comparación con la multa más alta aplicada a cartelistas que no se

benefician de la indulgencia. Asimismo, las enmiendas amplían las herramientas de investigación a fin de incluir las incursiones matutinas y las escuchas telefónicas, sujetas a mandamiento judicial.

60. En 2009 se presentó en el Parlamento una ley según la cual se permitiría el enjuiciamiento penal de personas físicas implicadas en cárteles y la imposición de penas de prisión de hasta cinco años. Asimismo, ampliaría las protecciones del programa de indulgencia a las sanciones penales.

4. México

61. Los cárteles en México están sometidos al derecho administrativo impuesto por la Comisión de Competencia Federal, y al derecho penal. Tanto las empresas como las personas físicas se consideran responsables. Sin embargo, las disposiciones del derecho penal no se aplican en la práctica.

62. México introdujo un programa de indulgencia de cárteles en 2006 a través de una enmienda del derecho de la competencia y sus normas. El primer solicitante puede obtener la indulgencia total por parte de las autoridades administrativas; los siguientes solicitantes pueden obtener reducciones del 20% al 50% en sus multas. Las solicitudes deben realizarse antes de que termine la investigación. El solicitante debe facilitar pruebas suficientes que demuestren la existencia del cártel, cooperar de manera continuada y plena con el organismo encargado de la competencia y cumplir con todos los requisitos que establezca el organismo. El organismo encargado de la competencia realizará todos los esfuerzos que estén en su mano para mantener la confidencialidad respecto a la identidad del solicitante durante todo el proceso, incluso una vez terminada la investigación.

63. Si bien la aplicación del programa de indulgencia acusó una ausencia de procedimientos oficiales para la adopción de decisiones y el cálculo de las reducciones en las multas, esta situación ya se ha rectificado. Se diseñarán directrices adicionales que aborden las posibles disposiciones "Leniency Plus", la responsabilidad de las personas físicas, la cooperación internacional y las solicitudes verbales. Durante 2008 se recibieron cinco solicitudes de indulgencia, y, a mediados de 2009, dos más.

5. Federación de Rusia

64. En la Federación de Rusia, los cárteles están sujetos a sanciones de derecho administrativo. Las disposiciones de derecho penal no están activas. En 2007 se aplicó un programa de indulgencia mediante una enmienda legal y ocho empresas comunicaron su propia conducta bajo los auspicios del programa. La autoridad encargada de la competencia aumentó su nivel de actividad en 2008 en comparación con 2007, con el inicio de 355 investigaciones de acuerdos restrictivos o prácticas concertadas (una categoría más amplia de lo que abarcan los cárteles) en 2008, un 54% más que en 2007. Las multas por cárteles sumaron un total de 1.500 millones de rublos en 2008, más de 359 veces la suma del año anterior. Sin embargo, el programa permitía la presentación de solicitudes de indulgencia simultáneas. En consecuencia, 37 compañías de seguros solicitaron la indulgencia simultáneamente en el caso Rosbanck, por ejemplo. Se aceptó su solicitud y no se impuso multa alguna. Las enmiendas introducidas en 2009 en el Código de Infracciones Administrativas, entre otros, limitaba la reducción de sanciones al primer solicitante y no permitía las solicitudes simultáneas.

B. Experiencia en países en desarrollo con programas menos activos

65. En la **India**, la Ley de la competencia concede a la Comisión de la Competencia la autoridad de imponer una sanción menor al miembro de un cártel que facilite información

completa, verdadera y vital respecto al cártel. Según el Reglamento núm. 4 de 2009, el primer solicitante puede obtener una reducción de sanciones de hasta el 100% si la Comisión o el Director General no tenían suficientes pruebas para establecer la infracción en el momento en que se comunicó. El segundo y el tercer solicitantes pueden conseguir reducciones del 50% y del 30%, respectivamente. Existe un sistema de indicadores; la solicitud puede mejorarse durante 15 días. Se puede retirar la indulgencia si el solicitante no coopera plenamente. La identidad del solicitante y la información facilitada mantienen su carácter confidencial.

66. En **Túnez**, el artículo 19 de la Ley de la competencia garantiza la indulgencia total a los miembros de cárteles que sean el primer solicitante si la autoridad encargada de aplicar la legislación no tenía conocimientos previos de la existencia del cártel.

67. En **Egipto**, el artículo 26 de la Ley de la competencia garantiza una reducción de las sanciones para los miembros de cárteles que contribuyan a "revelar y establecer los elementos delictivos en cualquier estadio de la indagación, búsqueda, inspección, investigación o proceso". La multa máxima es de alrededor de 40 millones de euros.

68. En **El Salvador**, las enmiendas introducidas en 2007 en la Ley de la competencia fortalecieron la capacidad investigadora de las autoridades encargadas de la competencia (a las que se permitía realizar incursiones matutinas para las órdenes de registro) y el nivel de las multas. Se han procesado cárteles. El Salvador está preparando un programa de indulgencia.

69. En el **Pakistán**, el artículo 39 de la Ley de la competencia de 2009 permitiría a la Comisión de la Competencia imponer a las empresas que hayan hecho "una revelación total y verdadera" respecto a la connivencia una sanción inferior de la que correspondería aplicar. Asimismo, la Comisión puede llevar a cabo investigaciones e incautaciones.

70. La amplia mayoría de los países en desarrollo no cuentan con programas de indulgencia destinados a fomentar la comunicación de la propia conducta relativa a cárteles. **Zambia** constituye un ejemplo de ello. La Ley de competencia y comercio justo prohíbe los cárteles rotundamente; los responsables son tanto las empresas como las personas físicas que participan en ellos. La multa máxima es de 2.000 dólares de los EE.UU. y la pena de prisión máxima es de cinco años, aunque el Fiscal General puede decidir que una persona que coopera totalmente con la aportación de pruebas vitales para el enjuiciamiento sea eximido del procesamiento. La aplicación de la legislación contra los cárteles es frágil, ya que las pruebas suelen estar en el extranjero, el organismo de la competencia tiene recursos financieros y humanos limitados, el Gobierno a menudo está implicado (la Ley de la competencia no se aplica a las transacciones en las que el Gobierno es parte) y otras instituciones gubernamentales se muestran reticentes a cooperar en el cumplimiento de la legislación contra los cárteles. "En aquellos casos en que las instituciones clave no cooperen o quizás ni siquiera estén obligadas a hacerlo... el cumplimiento de la legislación contra los cárteles se convertirá en ineficaz. En vista de lo expuesto anteriormente, parecería que un programa de indulgencia específico para la competencia no necesariamente tiene que ser la panacea para conseguir una investigación y un procesamiento eficaces de los cárteles en el contexto de Zambia y, posiblemente, de otros países que cuenten con este mismo nivel de desarrollo".

C. Debate

71. Un programa de indulgencia es ineficaz a no ser que se sancione a los cárteles de forma activa y significativa. Si no se cumple esta condición previa, resulta razonable prescindir de un programa de indulgencia. La identificación de los obstáculos que surgen en

las actuaciones contra los cárteles, ya sean inmediatos o posteriores, escapa al objetivo de este informe⁹.

72. Algunos países con ingresos medianos han contado durante varios años con programas contra los cárteles y de indulgencia atractivos. ¿Qué distingue a esos países? Ninguno de ellos es un país con ingresos bajos. Al menos dos (el Brasil y Sudáfrica) reasignaron conscientemente sus recursos del examen de fusiones a la lucha contra los cárteles después de unos años. Es decir, cambiaron de un ámbito en el que las partes están predispuestas a facilitar información y desarrollar los conocimientos técnicos del personal hacia un ámbito en que las partes estaban menos predispuestas. Además, el aumento de las medidas contra los cárteles sólo sirvió de precedente o acompañó al programa de indulgencia, como dos partes de una estrategia única. De todos modos, los aspectos que distinguen en última instancia a estos países no están claros.

73. ¿Existen diferencias sistemáticas entre los países de ingresos altos y el resto de países que influyen en la efectividad de un programa de indulgencia contra cárteles? Algunos de los factores que se han identificado en otros lugares como influyentes en el diseño de la política de la competencia en los mercados emergentes —es decir, el dominio de la economía por parte del Estado al menos hasta los años ochenta y los continuos monopolios del Estado, una mayor variabilidad en el desarrollo entre sectores y distintos factores políticos y socioeconómicos— posiblemente podrían influir en la efectividad de un programa de indulgencia en una jurisdicción que combate los cárteles activamente.

a) La madurez en una economía dirigida por el Estado podría convertir las denuncias de cárteles en algo inconcebible si los cárteles se entienden como sustitutos de la dirección perdida del Estado¹⁰.

b) La gran variabilidad del desarrollo entre sectores podría implicar que algunos cárteles tengan miembros procedentes de la economía "no estructurada". Estas entidades dudarían de acogerse a la indulgencia, ya que implica hacerse visible de cara al cumplimiento de otras leyes.

c) Los "distintos factores políticos y socioeconómicos" podrían referirse a una autoridad política y económica concentrada o muy interrelacionada. Las solicitudes de indulgencia pueden verse obstaculizadas, como se ha expuesto en el apartado "pequeñas economías". Por otra parte, la definición podría referirse a instituciones débiles, menos capaces de comprometerse con los procesos necesarios de un programa de indulgencia atractivo.

74. En resumen, los programas de indulgencia en los países activos de ingresos medianos forman parte de estrategias más amplias de lucha contra los cárteles. Se parecen a los de los países de ingresos altos, pero este hecho no impide que haya diferencias en el diseño si los países con ingresos inferiores se decidieran a perseguir activamente a los cárteles.

⁹ Una encuesta realizada en 2004 a los organismos encargados de la competencia en países en desarrollo mostró que casi todos los entrevistados notaban una ausencia de cultura en torno a la competencia, tanto entre otras partes del gobierno como entre el público en general. Un problema común radicaba en la lentitud del inicio de los procesamientos de cárteles: "La falta de experiencia del personal, unas herramientas de investigación inadecuadas, la falta de comprensión y cooperación por parte del público y una autoridad insuficiente a la hora de sancionar" se contaban entre los factores que obstaculizan los esfuerzos contra los cárteles (OCDE, 2009).

¹⁰ Esto refleja un comentario de la comisión encargada de la competencia en Papua Nueva Guinea, donde los agentes que participan en el mercado están acostumbrados al sistema antiguo de precios y márgenes fijados desde el Gobierno. "La Comisión está convencida de que... el reparto del mercado y la fijación de precios siguen siendo una realidad en Papua Nueva Guinea, pero... existen pocas quejas o muestras de estas prácticas que lleguen a la Comisión" (Papua Nueva Guinea, 2009).

III. Opciones de políticas

75. Si bien en la actualidad los programas de indulgencia son la herramienta de descubrimiento de cárteles más efectiva, estos programas solamente resultan eficaces cuando van acompañados de una investigación activa y una sanción significativa para los cartelistas. Muchos países desarrollados, pero solo algunos países de ingresos medianos, combaten activamente los cárteles y cuentan con programas de indulgencia. ¿Se beneficiarían también otros países en desarrollo de la creación de sus propios programas de indulgencia?

76. Para beneficiarse de un programa de indulgencia, una jurisdicción debe combatir activamente los cárteles. En caso contrario, el esfuerzo invertido en la creación de un programa de indulgencia probablemente sería en vano.

77. Un país no puede depender de las medidas o programas de indulgencia contra cárteles de terceros. Las medidas adoptadas por los países extranjeros no contribuyen en la lucha contra cárteles puramente nacionales. Los cárteles internacionales pueden operar a escala mundial excepto en aquellas jurisdicciones en que perciben que el riesgo de defensa de la competencia es demasiado alto, y existen pruebas que demuestran que cobran más de lo debido en países en los que no se lucha activamente contra los cárteles. Según lo expuesto, un país no puede depender de los procedimientos contra cárteles de otro país. Con respecto a los programas de indulgencia, la tendencia se inclina hacia restringir la información que producen, en última instancia, los solicitantes de indulgencia. De esta manera, un país no puede depender de otro para generar información para los procedimientos nacionales de seguimiento. En resumen, la lucha contra los cárteles no puede dejarse en manos de terceros.

78. Los esfuerzos de una jurisdicción en su lucha contra los cárteles internacionales pueden verse perjudicados si otras jurisdicciones imponen sanciones significativas a los cárteles pero no ofrecen programas de indulgencia atractivos: el riesgo de enjuiciamiento en jurisdicciones no notificadas debilita los incentivos de los cartelistas respecto a la posibilidad de acogerse a la indulgencia. En cambio, la solicitud simultánea en diversas jurisdicciones, combinada con renuncias a permitir el intercambio de información confidencial, permite realizar investigaciones de cárteles coordinadas que, a su vez, contribuyen a los enjuiciamientos de cada jurisdicción. Todos estos efectos unidos implican que los países se benefician cuando otros adoptan una actitud más activa contra los cárteles y ponen en marcha programas de indulgencia eficaces. En consecuencia, el hecho de contar con autoridades de la competencia más experimentadas facilita la asistencia técnica a las autoridades menos experimentadas.

79. La experiencia de varios países de ingresos medianos demuestra que, una vez que se cumple la condición previa de lucha seria contra los cárteles, estos países pueden detectar los cárteles nacionales e internacionales mediante programas de indulgencia.

80. Algunas características de los países en desarrollo pueden disminuir la efectividad de los programas de indulgencia contra los cárteles. Aspectos como la existencia de relaciones estrechas entre empresarios, una economía no estructurada de mayor tamaño y una "cultura de la competencia" más frágil minan el efecto de los incentivos de los programas de indulgencia. Los cartelistas internacionales, por su parte, prefieren acogerse a la indulgencia en aquellas jurisdicciones en las que, entre otras cosas, se exponen a posibles sanciones mayores, que pueden no existir en muchos países en desarrollo. Los países en desarrollo pueden incurrir en mayores costos de oportunidad a la hora de fomentar las capacidades institucionales. Además, los sistemas jurídicos pueden ofrecer procesos de acuerdos que funcionan adecuadamente como sustitutos. En estas circunstancias, puede

darse el caso de que en algunas jurisdicciones los costos de un programa de indulgencia específico para cárteles sean mayores que sus beneficios.

81. Es conveniente que las autoridades encargadas de la competencia consideren los aspectos siguientes:

- a) Si un programa de indulgencia es parte integral de una política de cárteles activa.
 - b) Si alguna característica de los países en desarrollo afecta al diseño del programa de indulgencia.
 - c) Si las jurisdicciones más grandes y activas se comprometen en acciones o políticas que reduzcan los daños que causan los cárteles en otros países. Si organizaciones internacionales tales como la UNCTAD tienen alguna función que desempeñar bajo los auspicios de Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia.
-