

**HACIA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN PROGRAMA DE CLEMENCIA EN
COLOMBIA**

JULIANA MOLINA GÓMEZ

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.**

HACIA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN PROGRAMA DE CLEMENCIA EN COLOMBIA

Los programas de delación son efectivos para luchar contra las prácticas colusorias y la existencia de cárteles que atentan contra la libre competencia; se justifica su incorporación en el ordenamiento jurídico colombiano. Deben tenerse en cuenta la experiencia de otros países y establecer ciertos límites para mejorar su aplicación.

JULIANA MOLINA GÓMEZ

Tesis de grado presentada para optar al título de Abogada

Director

JUAN DAVID GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ

**Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas
Carrera de Derecho
Bogotá D.C.**

Nota de advertencia: Artículo 23 de la resolución No 13 de 1946

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Índice

Índice	11
Introducción.....	14
1. Los programas de clemencia y su justificación.....	17
1.1 Los cárteles en el derecho de la competencia	17
1.2 Ahorro de recursos físicos y humanos	23
1.3 Objetivos de los programas de clemencia.....	23
1.4 La Racionalidad económica en la decisión de acogerse a programas de clemencia-	27
1.4.1 Los programas de clemencia a la luz de la Teoría de juegos	28
1.4.2 Aplicación del Dilema del prisionero.....	30
2. Aproximaciones a la política de clemencia de la Unión Europea y el programa de inmunidad de los Estado Unidos (“ <i>LENIENCY PROGRAMS</i> ”).....	35
2.1 Estados Unidos.....	35
2.1.1 La amnistía más	39
2.2 Unión Europea	41
3. Programas de clemencia en Latinoamérica	48
3.1 Argentina.....	51
3.2 México.....	52
3.3 Brasil	56
3.4 Panamá	58
3.5 Perú	62
3.6 Chile	67
4. El contenido de un programa de clemencia para Colombia: Reflexiones sobre algunos aspectos que debe tener.	71

4.1 No Sanción criminal.....	74
4.2. Claridad, certeza y transparencia	74
4.3 Distinción del Momento en que se decide cooperar con las autoridades.....	76
4.4 Multas severas	77
4.5 Protección a las empresas y confidencialidad de la información suministrada	79
5. Algunas críticas a las los programas de clemencia.....	80
Conclusiones.....	89
Bibliografía.....	93

Hacia la implementación de un programa de clemencia en Colombia

Resumen:

Los programas de clemencia se han venido instituyendo como una estrategia importante para la erradicación de los cárteles. Esta institución ofrece inmunidad total, parcial o reducción de las multas a las empresas miembros del cártel que se acerquen a las autoridades y confiesen las conductas ilícitas en que participaron. Los programas de clemencia han mostrado resultados muy positivos en los países que los han implementado. Resulta conveniente, antes de estructurar uno para Colombia, reflexionar sobre los varios aspectos relevantes que debe contener y además, entender la racionalidad económica que estos manejan, para así desarrollar un programa de clemencia eficaz y eficiente.

Palabras claves: *Cártel, programas de clemencia, inmunidad o amnistía, empresas cartelizadas, poder de mercado, teoría de juegos, reducción de multas, dispensa de sanciones, información decisiva, sanciones fuertes, transparencia, confidencialidad y protección a delatores.*

Introducción

Cada día los países son más proclives a desarrollar una cultura pro competitiva, de esta manera intentan actualizar y expedir normas de competencia sólidas, que brinden seguridad al sistema y a los competidores del mercado.

Un fenómeno de tiempo atrás, que han intentado combatir las diferentes autoridades de competencia alrededor del mundo, es la “cartelización”, conocida ésta como el acuerdo entre competidores ya sea para fijar los precios, restringir la producción, repartirse los mercados, entre otras conductas; todas ellas con finalidades reprochables a la luz del derecho de la competencia y reconocidas abiertamente, como una infracción al régimen de competencia en la mayoría de los ordenamiento jurídicos.

Para hacer frente a esos acuerdos colusivos entre competidores que traen innumerables efectos nocivos, diferentes sistemas jurídicos han ideado varias estrategias entre ellas “los programas de amnistía, clemencia o delación.”¹ A través de esta figura se busca desestabilizar los cárteles y desarticular la organización. Lo que se crea es una política de cooperación, donde se ofrecen beneficios como descuentos en multas para los miembros de los cárteles que decidan acercarse a las autoridades a confesar y denunciar la práctica restrictiva que han adelantado en compañía de otros agentes o empresas competidores en el mercado.

El mecanismo de delación en materia de competencia es relativamente novedoso, hoy son varios los países que prescriben en sus normas un instrumento como tal. El antecedente más lejano fue en 1978 cuando Estados Unidos intentó implementar la figura, pero sin éxito alguno. Posteriormente en 1993 estableció un programa de amnistía o de delación compensada, para favorecer la denuncia de carteles y facilitar su investigación. La Unión Europea lo hizo en 1996. Siguiendo la tendencia, otros países europeos, hasta llegar a

¹ Los ordenamientos jurídicos y los doctrinantes traducen diferente el término “Leniency”. A lo largo del texto emplearé las palabras amnistía, clemencia o delación como términos sinónimos.

Centro América y Latinoamérica donde Brasil, México, Argentina, Perú y Panamá. Hace muy poco adoptada en Chile y próximamente está por incorporarse a Colombia, donde en su órgano legislativo cursa una reforma en este sentido.

El presente trabajo tiene por objeto ilustrar y desarrollar la aplicación del mecanismo de delación. Empezando por abordar la justificación de su consagración en los ordenamientos jurídicos. Igualmente se desentraña la lógica económica implícita, puesto que, este es un programa de incentivos, donde los agentes económicos se ven obligados a realizar un análisis costo-beneficio para determinar la conveniencia de someterse al mismo.

En este orden de ideas, en su segunda parte este trabajo realiza un estudio de la aplicación y estructura del mecanismo de delación en los países que cuentan con más amplia tradición, como son Estados Unidos y la Unión Europea. Mostrando como en virtud de la figura los agentes pueden aspirar a recibir inmunidad total, parcial o reducción de las multas a condición que rompan la ley del silencio y delaten a las demás empresas que participaron del cártel. Igualmente, se hace un acertamiento a varios países latinoamericanos que han ofrecido estos beneficios a los agentes que colaboren de manera plena y continua en el transcurso de una investigación.

Las anteriores aproximaciones se hacen con el propósito de enriquecer el debate y evidenciar que los programas de clemencia presentan varias particularidades, así existen varias formas de incorporarlos a un determinado ordenamiento jurídico. Este estudio tiene relevancia ahora con ocasión del Proyecto de Ley 333 de 2008 por su número en la Cámara de Representantes y 195 de 2007 en el Senado, que pretende reformar la normativa sobre competencia en Colombia. Este prevé en su “Artículo 10 **-Beneficios por colaborar con las autoridades-**”. Entonces, se abre la discusión sobre cómo debería estructurarse un programa de clemencia para Colombia.

En la cuarta parte, esta tesis quiere contribuir con algunos elementos, tocando ciertos puntos que deben tenerse en cuenta en la redacción final del artículo en mención, estos son: i) **No prescribir una Sanción criminal** para las infracciones al régimen de

competencia cometida por los cárteles; ii) debe hacerse un esfuerzo adicional en **la claridad, certeza y transparencia** del programa de clemencia; iii) es necesario distinguir **el momento en que se decide cooperar con las autoridades** y por último, iv) la necesidad imperante de contemplar en nuestra normativa **multas severas** para evitar que los agentes asuman una sanción como parte de su acuerdo anticompetitivo y estén en capacidad de pagarla sin que se alteren las ganancias provenientes del cártel.

En el quinto y último capítulo, se hace mención de algunos cuestionamientos que se le han hecho a los programas de clemencia, los cuales son muy importante y deben tenerse presentes, para evitar que se repitan los mismos errores que se han observado en los países que ya gozan de experiencia.

En las conclusiones, se enfatiza en que es necesario tener en cuenta las particularidades económicas de nuestro país, condiciones y costumbres empresariales, para determinar cual debe ser el contenido y forma de aplicación de un programa de clemencia eficaz y eficiente en Colombia.

1. Los programas de clemencia y su justificación

La delación no es una figura propia del derecho de la competencia, ha sido objeto de análisis e implementación en otras materias. Por ejemplo, se ha utilizado para desarticular organizaciones delictivas dedicadas al tráfico de drogas, infracciones financieras,² entre otros. En general en la lucha contra el crimen, el objetivo es común, crear un mecanismo por medio del cual se aliente a los agentes que han incurrido en trasgresiones de la ley, para que cesen su conducta y delaten a los demás coautores: esto a cambio de una excepción de la pena o de un trato más clemente con reducciones considerables de la pena.

Los programas de clemencia presentan múltiples ventajas que refuerzan los argumentos tendientes a establecerlos en un ordenamiento de libre competencia. Entre las ventajas que presenta están las siguientes:

1. La reducción de costos al detectar los cárteles,
2. Acortar el tiempo necesario para que las autoridades adelanten un proceso y consigan la información necesaria y,
3. Permite de manera racional utilizar incentivos económicos que moverán a las empresas a actuar de una determinada forma, pudiendo traducirse esa decisión en beneficios para la sociedad en general.

1.1 Los cárteles en el derecho de la competencia

Se debe empezar definiendo un cártel, como un conjunto de empresas del mismo sector que realizan un acuerdo, con el objeto de reducir o eliminar la competencia en un mercado

² . En materia de irregularidades financieras, en sus recientes memorias *-The Age of Turbulence-* Alan Greenspan elogia la obligatoria línea para denunciantes (*whistleblowers*) exigida por la Ley Sarbanes-Oxley y recuerda que la mayor parte de los fraudes financieros ha sido descubiertos gracias a ellos. Por eso, en España el Código Unificado recomendó también a las sociedades cotizadas que las establezcan. Véase: Manuel Conthe. *25 Los límites de la clemencia* disponible en: <http://blogs.expansion.com/blogs/web/conthe.html?opcion=1&codPost=45033&categoria=47>

determinado. Se caracterizan porque tienden a obtener un control sobre la producción y la distribución; y gracias al poder de mercado que adquieren, pueden alterar la estructura de éste, volviéndola monopolística. La Comisión Europea de competencia, ha sostenido que los cárteles son: “acuerdos o prácticas concertadas entre competidores que pretenden limitar la competencia mediante la coordinación de su comportamiento competitivo en el mercado y modificando los parámetros de la competencia en el mercado interior (por ejemplo, mediante acuerdos de fijación de precios de compra o de venta, asignación de cuotas de producción o de ventas, o reparto del mercado, en particular presentando ofertas concertadas en licitaciones públicas).”³ Se precisa que en un sentido amplio, un cártel es una forma “explícita” de colusión, que no requiere obligatoriamente un acuerdo formal entre sus integrantes.⁴ Los cárteles se organizan a fin de favorecer a las empresas involucradas.

Sintetizando la definición del párrafo anterior, se hacen las siguientes precisiones. Nos encontramos frente a un grupo plural de competidores de un mismo mercado, los cuales se reúnen para actuar concertadamente con diferentes objetivos. En últimas, los efectos de sus conductas van a llevar bien sea a excluir a un competidor y/o a perjudicar a los consumidores, en virtud del poder de mercado que adquieren⁵ o a actuar igual dentro del

³ Por lo tanto, para la Unión Europea los acuerdos constituyen una grave infracción del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Véase: Plus Dispensa del pago y reducción del importe de las multas clemencia en casos de cártel.mht disponible en: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l26119.htm>

⁴ Es muy común que se empleen indistintamente los términos “colusión” y “cártel”. Véase: Hans - Wilhelm Krüger, *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis*, p. 3-6. Master Thesis Erasmus Programme in Law and Economics, (2001)

⁵ El poder de mercado se presenta en un mercado imperfectamente competitivo, principalmente en el Monopolio (es un mercado que sólo tiene un vendedor, pero muchos compradores) y en el Monopsonio (es un mercado con muchos vendedores pero con un solo comprador.) estos dos ejemplos son los extremos opuestos de la competencia perfecta. Véase: R. Pindyck y D, Rubinfeld. *Microconomía*. Madrid: Pearson Educación (2001)

El poder de mercado de una empresa se traduce en la capacidad que tiene de subir el precio sin perder por eso toda la demanda de su producto. En general se evidencia cuando una determinada empresa se encuentra en condiciones de responder por si sola las siguientes preguntas: qué producir, cómo producir, cuándo producir y cuánto producir. La empresa con poder de mercado toma dichas decisiones sin consideración alguna de los demás competidores ni de los consumidores.

También debe mencionarse que para determinar el poder de mercado se han desarrollado unos criterios objetivos, se basen en unos índices, por medio de los cuales se obtienen las cifras que

mercado, de tal forma que obtendrán la maximización de beneficios posibles sólo entre ellos.

La cartelización es reconocida por los diferentes ordenamientos jurídicos como una conducta indeseable y grave en materia de competencia⁶, al crear consecuencias nefastas a la estructura de mercado de un país determinado.⁷ Así, la mayoría de países cuentan con preceptos que intentan combatirla e inclusive muchos de ellos prescriben sanciones penales y civiles que deben soportar los agentes cartelizados.

La gravedad de esta conducta surge por ir en contra de los presupuestos esenciales que fundamentan la existencia de la libre competencia –como sucede en el caso colombiano al cual nos referiremos más adelante-. En términos generales los cárteles terminan por acabar los beneficios propios de la rivalidad que debe presentarse normalmente entre dos o más oferentes de un mismo producto. Lo que ocurre entonces, es que un reducido número de empresas adquiere un control tal sobre el mercado, que podría manipularlo a su favor. Por oposición, y para determinar los perjuicios de la conducta, se presenta un mercado en condiciones de competencia perfecta,⁸ o para ser más realistas en los mercados

determinan los coeficientes de concentración. Estos índices cuantitativos del poder de mercado son usados por las autoridades de la competencia para determinar si una operación de concentración puede llegar a producir una restricción excesiva de la libre competencia. P. ej el Índice HERFINDAL HIRSCHMAN (HHI) y el índice de dominancia. Se advierten sobre la precaución que se debe tener al interpretar los resultados de estos índices, podrían ser engañosos ante la dificultad de realizar una adecuada delimitación del mercado relevante; igualmente serán que desproporcionadamente estrictos para economías pequeñas y concentradas como las de América Latina. Véase: Paul A. Samuelson, y william D. Nordhaus *Economía*.14 edición, pag 735 y sig McGraw-Hill, España, (1993)

⁶ Los Tratados de la Comunidad Económica Europea desde el principio introdujeron prohibiciones generales en contra de los acuerdos restrictivos y los carteles en su artículo 85(1). Vease: George Stephanov Georgiev, Contagious efficiency: the growing reliance on US-style antitrust settlements in EU law. *Utah law review* (2007)

⁷ La cartelización (también conocida como colusión explícita) es considerada la ofensa de mayor gravedad en casi la totalidad de las legislaciones sobre competencia alrededor del mundo. El primer hito de la legislación anti-carteles a nivel mundial es la promulgación en 1890 del “Sherman Act” de Estados Unidos, cuyo propósito fue declarar ilegales a los carteles o “trusts” – por lo que en inglés se habla de legislación anti-trust – que hasta esta la fecha opera abiertamente. Aldo Gonzalez. *La Delación Compensada o Amnistía en la Lucha Anti-Carteles*. Chile (Enero, 2007) disponible en: <http://econ.uchile.cl/public/Archivos/pub/8ca92c23-e188-4d46-9845-306999ffc174.pdf>

⁸ Se reitera que dicha estructura de mercado solo existe en la teoría.

competitivos, donde existe puja constante entre los productores, lo que se traduce en ventajas para los consumidores, quienes a la hora de hacer una elección sobre qué demandar, gozarán de la posibilidad de tener menores precios construidos por el libre juego de la oferta y la demanda, mayor variedad y mejor calidad en los bienes y servicios que consumen.⁹

Con relación al caso Colombiano, debemos decir que, dadas las particularidades de su estructura económica, este tiene tendencia a la cartelización.¹⁰ No obstante, las normas de competencia prohíben que las empresas se cartelicen.¹¹ Esta conducta se enmarca dentro del género de prácticas comerciales restrictivas¹².

Retomando la premisa del párrafo anterior, en cuanto a la estructura de mercado en Colombia, esta es bien compleja y sin duda alguna, tiene propensión a la cartelización al presentar una estructura oligopólica¹³-. Se ha sostenido que esta es una de las

⁹ Aldo, González. *La Delación Compensada o Amnistía en la Lucha Anti-Carteles*. Chile (Enero, 2007) disponible en: <http://econ.uchile.cl/public/Archivos/pub/8ca92c23-e188-4d46-9845-306999ffc174.pdf>

¹⁰ Para nadie es un secreto que Colombia es un país con grandes desigualdades en los diferentes planos sociales. Nos encontramos lejos de poseer una economía de mercado realmente competitiva, “pues los activos productivos y la riqueza están mucho más concentrados que el ingreso -el cual se distribuye muy desigualmente-, y son los monopolios y los oligopolios los que dominan prácticamente todos los sectores económicos.”

En Colombia hay varios sectores productivos conformados por pocas empresas y este número reducido de agentes propicia que el comportamiento entre ellas sea altamente interdependiente.

Son ejemplos de esta estructura de mercado oligopolico en Colombia: el sector financiero, el transporte aéreo y la industria del cemento, entre otros.

Mauricio, Uribe López. *Corporación Viva la Ciudadanía* disponible en: www.viva.org.co/herramientas/Herra066.pdf -

¹¹ Decreto 2153 de 1992. Artículo 46 Prohibición General

¹² Es importante en este punto tener en cuenta el ARTÍCULO 47. Acuerdos Contrarios a la Libre Competencia, igualmente del Decreto 2153 de 1992

¹³ Colombia es un país con enormes inequidades sociales y alta concentración de riquezas. A lo largo de la historia los intentos por corregir estas fallas han degenerado gravemente la estructura de mercado, de manera tal que la mayoría de los sectores industriales son mercados oligopolicos. Véase: Agudelo Villa, H. *De los monopolios a la democracia económica*, Ariel, Bogotá, 1999).

La estructura de mercado ideal es la competencia perfecta, dentro de la cual los agentes económicos no controlan, ni tienen poder alguno para influir en los precios y en las cantidades a producir y existe información suficiente. Se dice que este mercado funciona naturalmente por las mismas fuerzas de mercado y el precio y demás componentes no podrá fijarse artificialmente, sino por el libre juego de la oferta y la demanda. No obstante, debe indicarse que el modelo de competencia perfecta es una quimera. En la práctica los mercados presentan múltiples distorsiones:

características para que el cártel sea exitoso.¹⁴ Lo que ocurre es que dicha estructura permite a los agentes cartelizados buscar maximizar sus beneficios, muchas veces a través de un aumento arbitrario de precio, dada la inelasticidad de la demanda que se presenta en la mayoría de los casos.¹⁵ Lo que demuestra lo anterior es que el cártel controla de la oferta.¹⁶

Después de lo brevemente expuesto, sobre los cárteles, podremos adentrarnos en el asunto que nos concierne: Los “programas de clemencia”, “programas de amnistía” (“Amnesty

fallas y externalidades. Lo que quiere decir que los agentes detentan poder para alterar las condiciones de mercado.

Bajo la perspectiva de un mercado imperfecto aparece el oligopolio que es hoy en día el modelo de mercado más común por sus particularidades este ofrece un ambiente propicio para la formación de acuerdos entre los competidores tendientes a definir y establecer artificialmente la estructura de producción de un producto y su precio. Hoy en día es la estructura más común observada en la mayoría de países.

En suma un mercado oligopólico se encuentra dominado por un reducido número de productores u oferentes. Los presupuestos básicos de este son: - El producto puede o no estar diferenciado;-Sólo hay unas cuantas empresas que compiten entre sí; no es posible la entrada;-El poder de monopolio y la rentabilidad depende de cómo se interrelacionen dichas empresas. Véase: Danilo Samà, Competition Law, Cartel Enforcement & Leniency Program LUISS "Guido Carli" University of Rome. (December 2008) disponible en : <http://mpr.ub.uni-muenchen.de/14104/>

¹⁴ Debe aclararse La estructura oligopólica es condición necesaria, PERO NO SUFICIENTE para que un exista cartel. Véase: Juan David Gutierrez R. *Tacit Collusion in Latin America: a comparative study of the competition laws and their enforcement in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama*. (próximamente en Hart Publishing, UK, 2009)

¹⁵ El Éxito de un Cártel Depende de:

- Crear una organización estable cuyos miembros acuerden los niveles de precios y de producción, y sobre todo que obedezcan el acuerdo.
- Tener éxito en la posibilidad de obtener poder de monopolio. Véase Pindyck y Rubinfeld. Ob. Cit.

¹⁶ Debido a la inelasticidad-precio de la demanda, -que se presenta en La estructura de un cártel- se fija un precio superior al de competencia. Lo que supondría una pérdida de bienestar social importante. Cabe señalar que, el traslado de recursos que se produciría desde los consumidores hacia un número reducido de empresas, generarían problemas de equidad. Véase: Jordi Perdigüero y Juan Luis Jiménez. *¿Competencia o colusión en el mercado de gasolina? una aproximación a través del parámetro de conducta*. (2006) disponible en: http://www.ub.es/graap/Perdigüero%20y%20Jim%20E9nez_Competencia%20o%20colusi%20n%20e%20el%20mercado%20de%20gasolina_Mayo_06.pdf

Programs") o "programas de inmunidad" ("Immunity Programs"). Indistintamente llamados de las anteriores maneras por las autoridades que los aplican.¹⁷

Tras varios intentos y esfuerzos de las autoridades por erradicar la existencia de los cárteles, surgió esta institución, y si puede llamarse también, estrategia. Por mucho tiempo se evidenció, que la coerción por si sola era ineficiente, ya que, la existencia de multas como medida represiva, llevo a los cárteles a sofisticar tanto su estructura, que era muy difícil no sólo adelantar una investigación en su contra, sino también concluir la misma con una condena.

De esta manera, la estrategia de concebir un medio alternativo, para hacer frente a la conducta de los agentes cartelizados, llevó a estructurar los "programas de clemencia." A grandes rasgos, estos consisten en incitar a uno de los integrantes del cártel a acudir a las autoridades y confesar su conducta y de esta manera delatar a sus coautores para que ellos respondan. En la teoría se han contemplado distintos modos de darle un trato al delator; así, el debate que enfrentan las diferentes autoridades del mundo se centra en este tema, en cuanto se analiza la conveniencia de imponer una multa menor, una condena más corta - esto ocurre en los países como EE.UU., donde existe pena de prisión-. Y por último, estos programas inclusive, pueden llegar a manejar la inmunidad total y abstenerse de imponer cualquier sanción al miembro del cártel que decidió acudir a la autoridad.

En este orden de ideas, los programas de clemencia son vistos como una herramienta eficaz y efectiva para sacar a la luz acuerdos secretos que pueden pasar desapercibidos, o por el contrario, para probar la existencia de acuerdos que aunque no pasan desapercibidos, muchas veces hacen movilizar todo el aparato investigativo de las respectivas autoridades encargadas, las cuales hacen esfuerzos ingentes para reunir cualquier elemento o medio de prueba, que les permitía llegar al convencimiento de la existencia de un cártel y para quienes al final de la investigación o en medio de esta se ven en la necesidad de declararla desierta o se inhiben ante la imposibilidad de recoger las evidencias y los datos necesarios y

¹⁷ Véase: Hans -Wilhelm Krüger, *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis*, p. 3-6. Master Thesis Erasmus Programme in Law and Economics, (2001) disponible en: <http://rile.brinkster.net/Thesis/Krueger.pdf>

suficientes que pudieran producir la sanción a que eran acreedoras las empresas cartelizadas.¹⁸

1.2 Ahorro de recursos físicos y humanos

La experiencia en la aplicación de esta figura muestra sorprendentes beneficios obtenidos, tanto por las autoridades como por los agentes cartelizados. EE.UU fue uno de los primeros países en implementar un programa de clemencia, en particular ha experimentado resultados muy satisfactorios, cada vez se incrementan las solicitudes de inmunidad, es decir, las solicitudes de acogerse a dichos programas de clemencia. Igualmente la Unión Europea ha ido introduciendo modificaciones tendientes a mejorar su programa de clemencia y de esta manera hoy se puede afirmar que ha logrado recoger muchos frutos positivos.

Un fuerte argumento a favor de los programas de clemencia es el ahorro de recursos y tiempo, que su aplicación trae. Antes de su existencia o su no adopción en un determinado país, se observaba una gran desproporción, entre los recursos físicos y económicos usados en el transcurso de las investigaciones y los resultados finales. Ahora el panorama bajo los programas de clemencia ha cambiado notablemente, se observan importantes reducciones no sólo en el número de multas impuestas, sino también en los recursos invertidos y destinados por la autoridades a la lucha contra los cárteles. Lo anterior quiere decir que la existencia y desarrollo de éstos obedece a una decisión racional de las autoridades de competencia, sean públicas o privadas, pues éstas deben buscar cumplir sus objetivos de la manera más eficiente posible.

1.3 Objetivos de los programas de clemencia

¹⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels- Resumen Utilizar la clemencia para luchar contra los cárteles*. P.3 (2002) disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/11/33/1935135.pdf>

Es el momento de enunciar los objetivos generales de la figura y a través de estos, evidenciar la íntima relación con la justificación de su existencia e implementación. La mayoría de los autores coinciden en que los objetivos, sin duda alguna, se traducen en beneficios, que pueden identificarse de forma esquemática. Así la política de los programas de clemencia¹⁹, se rige por los siguientes móviles (i) Desestabilización de cárteles existentes. (ii) Disuasión de formación de nuevos cárteles. (iii) Reducción de costos del proceso persecutorio.²⁰

En mi concepto los tres anteriores tienen igual importancia. Más bien podríamos distinguirlos por sus efectos, en el momento en que se producen y los incentivos que ello genera. En primer lugar podría observarse un efecto *ex post*, que se predica en el caso de que el cártel ya se haya consolidado, es decir, ya existe entre los participantes un acuerdo sobre un aspecto en particular. El segundo objetivo puede ser visto como *ex ante*, ya que busca evitar la formación de nuevos cárteles. En el último, el sentido es reducir los costos y agilizar los resultados dentro de un proceso. Esto se conseguirá, cuando alguno de los miembros del cártel decida cooperar y acudir a las autoridades con el fin de obtener mayores beneficios. En éste sentido, la figura debe buscar motivar a la empresa delatora pues ella se verá menos perjudicada que las demás. En resumen de lo anterior, podría precisarse, que en algunos países la estructura de su programa de clemencia concibe, al primero que denuncie a los otros, como el *único* beneficiado, entonces, en condiciones normarles se daría plena aplicación de los tres objetivos; puesto que el delator desestabiliza el cártel confesando, movido por el interés que su sanción sea compensada por los beneficios que le otorga la delación. Igualmente genera entre los agentes cartelizados una situación de zozobra y desconfianza constante, porque no podrán tener certeza que uno de sus miembros no los traicione y acuda a las autoridades para evitar la sanción. Asimismo,

¹⁹ Se utiliza la palabra política en cuanto es un concepto más amplio que Implicaría una serie de reglas e instrumentos que definen las condiciones de los programas de clemencia. Es por oposición a mencionar un programa de clemencia específico adoptado por determinado país.

²⁰ Aldo González. *La Delación Compensada o Amnistía en la Lucha Anti-Cárteles*. Chile (Enero, 2007) disponible en: <http://econ.uchile.cl/public/Archivos/pub/8ca92c23-e188-4d46-9845-306999ffc174.pdf>

se desanima a las empresas de la idea de ser parte de futuros cárteles y la investigación se facilita para la autoridad.

Así es justamente como una política de clemencia bien definida facilitaría la detección de cárteles. Al crear cierto tipo de alicientes que moverá al menos a uno de los agentes cartelizados a que coopere con la autoridad y a la luz de un análisis costo beneficio, verán menos costosa la alternativa de no seguir participando en el acuerdo. Con respecto al segundo objetivo puede observarse que los programas de clemencia lo llevan implícito, ya que por contragolpe se puede desincentivar la formación de nuevos cárteles y, finalmente, la disminución de los costos que representa para la autoridad la investigación será representativa, pues por lo general las investigaciones se ven obstaculizadas y dilatadas en el tiempo por los investigados.

Otro tema importante que se debe abordar en este momento son los requisitos que debe cumplir el confesor para hacerse acreedor del beneficio. Partiendo de la premisa que en un programa de clemencia, es un participante del cártel el que denuncia a los demás, vemos como sin duda alguna, para que este pueda gozar del beneficio o la compensación en que se fundamenta la delación, éste tiene una carga significativa al tener que aportar pruebas concluyentes que conduzcan al convencimiento de que los partícipes han coluido, es decir, hay una exigencia en la carga de la prueba. Esta exigencia se justifica sin lugar a dudas, pues se traduce en ventajas para la autoridad toda vez que las pruebas van a ser mejores y de mayor calidad al ser aportadas por una empresa involucrada en el cártel. Sin duda alguna esto facilitará su tarea, en cuanto obtendría un ahorro de recursos y tiempo.

En suma, en primer lugar, los programas de clemencia se reconocen como uno de los instrumentos más eficaces en la lucha contra los cárteles; igualmente es un instrumento muy eficiente para la autoridad en cuanto ésta gana tiempo y recursos, en comparación al caso donde tendría que empezar la investigación desde cero y recurrir a una cantidad de indicios para poder presentarlos en el curso de la investigación como pruebas. En este sentido nadie duda que se tenga una mayor calidad de la evidencia y del material probatorio, además del ahorro del tiempo. Por otro lado, una ventaja adicional está en la

reducción de la probabilidad de incurrir en errores o imprecisiones al motivar la imposición de una sanción. Las pruebas llegan de primera mano, la autoridad no tendría que ser tan rigurosa otorgando la posibilidad de contradicción a los investigados, puesto que las manifestaciones del agente que se acoge al programa, constituyen una confesión y los elementos aportados tendrían valor suficiente para afectar a los demás participantes del cártel.

En síntesis, el impacto de la política que promueva un trato clemente a los agentes infractores de las leyes de competencia, en el marco de un programa, es visto con muy buenos ojos, ya que ha mostrado resultados muy positivos. Así lo indica su implementación y aplicación en Estados Unidos²¹, que fue el precursor, la Unión Europea²² y la Comunidad Andina.²³ Además del efecto de propagación que se ha dado en diferentes países como Alemania, Canadá, Reino Unido, Francia, Suecia, Australia, Japón, España²⁴, hasta llegar a Centroamérica y Latinoamérica con: El Salvador,²⁵ México²⁶, Argentina²⁷, Brasil²⁸, Perú²⁹ y Panamá³⁰ recientemente, entre otros.

²¹ *Antitrust Procedures and Penalties Act (Tunney Act de 1974)* que fue reformado en el 2004 y de manera general, para los procedimientos civiles y criminales, en 15 U.S.C. § 16.

²² Artículo 9 del Reglamento No. 1 de 2003

²³ Artículos 27 al 30 de la de Decisión 608 de 2005.

²⁴ Artículo 52 de la Ley 15 de 2007 y el artículo 39 del Real Decreto 26 de 2008 de la República de España

²⁵ Artículo 39, inciso primero de la Ley de Competencia (Decreto Legislativo No. 528 de 2004, reformado por el Decreto Legislativo No. 436 de 2007). Citado por: Juan David Gutiérrez R. *Amicus curiae – Intervención en la Demanda de inconstitucionalidad contra el D 2153 de 1992* p. 14 (2008)

²⁶ Artículo 33 bis 2, Ley Federal de Competencia Económica (reformada en el 2006). Citado por: Juan David Gutiérrez R. *Amicus curiae – Intervención en la Demanda de inconstitucionalidad contra el D 2153 de 1992* p. 14 (2008)

²⁷ Artículo 36 de la Ley 25.156 de 1999. Citado por: Juan David Gutiérrez R. *Amicus curiae – Intervención en la Demanda de inconstitucionalidad contra el D 2153 de 1992* p. 14 (2008)

²⁸ Artículo 53 de la Ley 8,884 de 1994. Citado por: Juan David Gutiérrez R. *Amicus curiae – Intervención en la Demanda de inconstitucionalidad contra el D 2153 de 1992* p. 14 (2008)

²⁹ Artículo 25 del Decreto Legislativo 1034 de 2008 (Ley Represión Conductas Anticompetitivas). Citado por: Juan David Gutiérrez R. *Amicus curiae – Intervención en la Demanda de inconstitucionalidad contra el D 2153 de 1992* p. 14 (2008)

³⁰ Artículo 86, numeral 15, de la Ley 45 de 2007 Citado por: Juan David Gutiérrez R. *Amicus curiae – Intervención en la Demanda de inconstitucionalidad contra el D 2153 de 1992* p. 14 (2008)

Para cerrar la cuestión de este subcapítulo debe introducirse el estudio de algunas teorías económicas que ilustran y explican la situación a que se enfrenta un agente en el marco de un programa de clemencia. Estos análisis, como punto de partida, muestran lo que ocurre cuando se presenta un cambio cuantitativamente atractivo en la estructura de incentivos. Así, los agentes del mercado no pueden evitar hacer un análisis exhaustivo sobre las ventajas y desventajas de cooperar y entrar a un programa de clemencia; o mantenerse al margen del mismo. Lo anterior, se encuentra íntimamente relacionado a la idea de la monetización de las decisiones, es decir, los agentes son capaces de proyectar sus conductas monetariamente hablando. En el caso de nuestro estudio, una vez las empresas realizan el análisis respectivo, la mejor opción será actuar lo más razonablemente posible, intentando maximizar sus beneficios y protegiéndose. Lo interesante está en que el programa de clemencia debe jugar correctamente con los beneficios que se otorgan por la delación, la protección que se ofrece para incentivar a los agentes a acogerse a estos por mera racionalidad. Si lo anterior se logra las empresas verán más atractiva la opción de no aceptar la oferta de un acuerdo colusorio. Esto tiene una explicación sencilla, pues dado el caso que llegará a formarse un cártel, a los integrantes de este les convendría delatar para conseguir una multa reducida o absolverse totalmente de la misma.

1.4 La Racionalidad económica en la decisión de acogerse a programas de clemencia-³¹

Uno de los elementos determinantes para el éxito y efectividad de un programa de clemencia está dado por los incentivos que se crean para motivar a las empresas para delatar la conducta del cartel del cual hacen parte. Es innegable que el actuar humano está movido y determinado por incentivos de diferentes clases. Los agentes intentan analizar los resultados esperados y proyectados de sus decisiones, es decir, lo que buscan es que sus

³¹ Para un análisis económico de los programas de clemencia, véase Hans -Wilhelm Krüger, *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis*, p. 3-6. Master Thesis Erasmus Programme in Law and Economics, (2001) disponible en: <http://rile.brinkster.net/Thesis/Krueger.pdf>

decisiones sean racionales, que se basen en la lógica, la experiencia y en un análisis juicioso costo-beneficio de las mismas.

Como se introdujo en la sección anterior es imprescindible en el marco de un programa de clemencia la monetización de las decisiones.-Entendiéndose esta como la asignación de valor a las diferentes alternativas de decisión, habrá una opción que representará un mayor beneficio económico que las demás-. Entonces resulta pertinente abordar una explicación sobre cuál sería la mejor opción para un agente que pretende maximizar sus beneficios³² desde una perspectiva económica, esta se hará a la luz de la teoría de juegos, analizando la conveniencia para los agentes cartelizados de acudir a la autoridad y delatar para conseguir una multa reducida o absolverse totalmente de la misma; ó, la otra opción, de seguir siendo parte del cártel³³. Esta teoría se desarrolla y va de la mano con el conocido dilema del prisionero.

1.4. 1 Los programas de clemencia a la luz de la Teoría de juegos³⁴

³² La colusión es un proyecto sujeto a evaluación económica por parte de las empresas. Los puntos a tener en cuenta son: “• Las empresas se coluden si el valor presente de los beneficios esperados superan los costos esperados de la colusión. • Los beneficios esperados dependen de las ganancias suplementarias de actuar coordinadamente versus las que se obtienen al competir. • Los costos esperados dependen de la probabilidad de ser detectado, sentenciado y la magnitud de la multa impuesta. • La sustentabilidad del acuerdo depende de los beneficios individuales que enfrenta cada participante de desviar del acuerdo vis a vis los beneficios de cooperar con el acuerdo.” Véase: Ricardo Sanhueza P. *Delación compensada, carteles e incentivos*. Seminario “Día de la Competencia” Universidad de los Andes (octubre 2007) disponible en: http://www.fne.cl/descargas/dia_competencia/data/2007/ddlc_2007_rs.pdf

³³ Alfonso Miranda L. y Juan David Gutiérrez, *Fundamentos económicos del derecho de la competencia* 6 Revista de Derecho de la Competencia CEDEC, pp. 292-293. (2006)

³⁴La teoría de juegos ha sido un instrumento económico muy útil y de obligada referencia al analizar el funcionamiento y la estructura de los modelos de mercados concentrados. el objeto específico sobre el cual recae el análisis se circunscribe a problemas de interacción estratégica, es decir, cuando se presenta intereses contrapuestos que son muy sensibles, entonces los agente se enfrentan a conflictos de intereses y las las decisiones individuales son interdependientes. Se entiende que cada agente actuara con racionalidad. Danilo Samà, *Competition Law, Cartel Enforcement & Leniency Program* LUISS "Guido Carli" University of Rome. (December 2008) disponible en : <http://mpa.ub.uni-muenchen.de/14104/>

La teoría de juegos busca estudiar las estrategias competitivas, parte del supuesto de que los competidores son racionales y actúan para maximizar sus beneficios. Esta ha sido desarrollada con el fin de predecir el comportamiento de los agentes económicos, pero su aplicación es difícil teniendo en cuenta la constante asimetría de la información.³⁵ Supone la existencia de un número plural de participantes en el mercado, cuyas decisiones individuales están determinadas por las expectativas que se tienen sobre el comportamiento de los demás. Así, puede observarse una interdependencia en la toma de decisiones de los agentes económicos quienes de una manera u otra intentan ser racionales al interactuar y pretenden hacerlo a través de “las suposiciones que hace cada agente sobre las elecciones y estrategias que adoptarán los demás”³⁶.

La aplicación de esta teoría al caso concreto de los programas de clemencia es muy simple, es de la esencia de esta figura dar un aliciente a la empresa que decida revelar la existencia de un cártel. A partir de allí, se genera un ambiente de zozobra y de incertidumbre general para los miembros del cártel,³⁷ quienes se verán enfrentados a la premura de tomar una posición, con base en la decisión de sus pares, pero estos no pueden equivocarse. Lo ideal sería tener una estrategia dominante.³⁸

Entonces, se observa cómo cada agente cartelizado tiene dos alternativas: la primera confesar y la segunda guardar silencio y continuar siendo parte del cártel. De cualquier

³⁵ La asimetría de información es una falla del mercado que presume que al menos una de las partes en un negocio o transacción posee más información que la otra. Véase Pindyck y Rubinfeld. Ob. Cit.

³⁶ La teoría de juegos tiene que analizar distintos aspectos: las consecuencias de las distintas estrategias posibles, la posibilidad de que varios “jugadores” se conviertan en aliados, el grado de compromiso de los contratos entre éstos y el grado en que cada juego puede repetirse, proporcionando a todos los jugadores información sobre las distintas estrategias posibles. Véase Pindyck y Rubinfeld. Ob. Cit.

³⁷ Es interesante tener la presencia de este fenómeno de debilitamiento de los vínculos del cartel que tiende a traducirse en un estímulo para apartarse del acuerdo hecho entorno al cartel, así en últimas puede volver una competencia por ser el primer delator. véase Nicolo Zingales, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101803>

³⁸ La estrategia dominante es la estrategia óptima para un jugador independientemente de lo que haga su adversario. Pero esto no siempre es así; puede que alguna empresa no tenga estrategia dominante y que dependa de la decisión de la otra.

manera, esto genera alrededor de las empresas un ambiente de desconfianza e inseguridad sobre las bondades de una u otra opción; la desventaja mayor se tendrá en caso que las dos empresas tengan que decidir al mismo tiempo porque es difícil anticipar la posible decisión de la otra parte. Sin duda, los beneficios de la decisión adoptada estarán sujetos a lo decidido por las demás empresas que hacen parte del cártel.

1.4.2 Aplicación del Dilema del prisionero

Ante la situación descrita en el párrafo anterior, donde los sujetos que hacen parte de un cártel se encuentran intentando anticipar o predecir la decisión de los demás agentes cartelizados. Los miembros del cártel enfrentan el problema de determinar los beneficios de una u otra posición – confesar o no confesar- y esta disyuntiva puede ser mirada a la luz del “dilema del prisionero,”³⁹ el cual plantea una situación de conflicto sobre cuál será la mejor estrategia para ser adoptada por cada jugador (miembro del cártel), dependiendo de una opción idéntica hecha por los demás miembros individualmente considerados. Esto se encuentra enmarcado dentro de la estructura más clásica de "la teoría de juegos"⁴⁰.

Según los postulados básicos, se observa que en principio “cada jugador perseguirá su propio interés individual, actuando racionalmente y de manera egoísta, incluso cuando cada uno de ellos recibiría un mejor beneficio si decide cooperar.”⁴¹ La base de esta teoría se mira desde la perspectiva que cada jugador considera sus intereses personales y ante la

³⁹ El ejemplo clásico solía ilustrar el dilema es lo siguiente: dos prisioneros que han ambos cometido un crimen son interrogados en la prisión por las autoridades. Las autoridades tienen bastantes pruebas para condenar a ambos sospechosos para un delito menor, pero les gustaría condenarlos para uno principal para el cual ellos necesitan más pruebas. Por esta razón, ellos tratarán de obtener una confesión de cada sospechoso solo por prometiendo una sanción inferior para quienquiera confiesa primero. véase Nicolo Zingales, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101803>

⁴⁰ Nash, ‘Equilibrium Points in n-Person Games’(1950) 36 Proc. Nat. Acad. Sci. U.S.A, 48-49. Citado por: véase Nicolo Zingales, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101803>

⁴¹ Traducción propia. véase Nicolo Zingales, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101803> P.2

poca certeza sobre decisión del otro jugador, decide no asumir el riesgo de cooperar, a no ser que él esté seguro, que el otro hará lo mismo.

En esa búsqueda del interés propio, se puede recrear la siguiente situación cuando se está frente a dos opciones posibles por "jugador": una que paga mejor - la confesión (p. ej., la cooperación con las autoridades), y una que implica en cambio, sanciones más severas - la no confesión (p. ej., la no cooperación con autoridades). Sin duda, la opción de un jugador racional será la primera, esto es, ser el primero de los dos en cooperar, la cuestión aquí está en que muchas veces es difícil determinar el precio de cooperación correcto.

Al describir estas dos opciones egoístas, podríamos analizarlas en presencia del llamado "Equilibrio de Nash" que supone un conjunto de estrategias o actos tales que permiten a un jugador hacer lo mejor para él, dado lo que hacen sus adversarios.⁴² Nuevamente parte de la racionalidad de los individuos y cada empresa estará convencida de haber tomado la mejor decisión posible.

No obstante, no siempre termina con un resultado tan óptimo como el que se derivaría de una cooperación directa entre ellos, es decir, no hay el convencimiento de que la empresa A obtiene el mejor resultado posible dado el que obtiene la empresa B, quien igualmente estará segura de haber obtenido el mejor resultado posible.⁴³ Aquí, entra la real aplicación a la que debe enfocarse el "dilema del prisionero", en la que los dos jugadores reciben estímulos para confesar su culpabilidad, en este sentido, su *status* o situación mejoraría si existiera una correcta coordinación entre ellos.⁴⁴

Como se explicó, las partes están enfrentadas y en el marco de aplicación del dilema del prisionero hay varias posibles decisiones,⁴⁵ pero en este caso particular se tiene la dificultad

⁴² Véase Pindyck y Rubinfeld. Ob. Cit.

⁴³ Véase Pindyck y Runbinfeld. Ob. Cit.

⁴⁴ A manera de ilustración se cita el cuadro básico que recrea la situación de los prisioneros que se

		Prisionero A	
		Confesar	No confesar
Prisionero B	Confesar	a -5 ; -5	b -1 ; -10
	No confesar	c -10 ; -1	d -2 ; -2

enfrenta al dilema véase: Pindyck y Runbinfeld. Ob. Cit

⁴⁵ Los competidores deben tener algún un incentivo para infringir el acuerdo. De lo contrario preferirán continuar en él y contribuyendo a maximizar el beneficio agregado de los participantes.

de reconocer claramente una estrategia de decisión dominante, que sea independiente de lo que haga su adversario. No obstante, el riesgo que surge sobre la posibilidad de que otra parte confiese, y se agrave la situación de la parte que no confesó, tiene una carga importante sobre la decisión que mueve a las partes a confesar.

En contraste, podría observarse el escenario donde los jugadores – miembros cartelizados– pueden mostrarse indiferentes a las consecuencias venideras del dilema que enfrentan. Esto pasa cuando los jugadores optan por NO confesar, ya que no existe ningún atractivo como, por ejemplo, la reducción de las sanciones imponibles cuando las partes deciden confesar.

Así las cosas, puede analizarse que "Confesar" es la estrategia más débil, es decir, menos atractiva para ambos jugadores, si tomamos la decisión de cada empresa de manera aislada. Pero al estar frente a la siguiente situación donde ambas confiesan [confesar, confesar] estaríamos frente al equilibrio de Nash. Sin embargo, éste equilibrio es imperfecto porque igualmente podría alcanzarse otro equilibrio desde la perspectiva contraria, es decir: [no Confesar, no confesar]. Lo anterior muestra que muchas veces, ante la presencia del riesgo de que la autoridad conozca de la actividad ilícita adelantada por el cártel, los jugadores pueden acordar jugar a “no confesar” y continuar con el cártel, y de esta manera continuar recibiendo mejores beneficios.

Lo anterior es apenas una situación hipotética, porque los miembros del cártel siempre van a tener un menor o mayor grado de incertidumbre sobre la posibilidad de que se inicie una investigación en su contra, bien sea porque fueron traicionados por un jugador o porque un tercero, como un consumidor, los denuncia. Es esa desconfianza la que debe agudizarse para que incline la balanza hacia la decisión de confesar. Entonces sigue presentándose esa dependencia de los movimientos de los demás miembros del cártel y ese intento por anticipar sus decisiones, lo que favorecerá un escenario donde ambos decidan cooperar.

Por esta puerta cobran relevancia los programas de clemencia mirados bajo la perspectiva del dilema del prisionero, pues lo que debe buscar la autoridad es alterar ese equilibrio que,

Véase: Danilo Samà, Competition Law, Cartel Enforcement & Leniency Program LUISS "Guido Carli" University of Rome. (December 2008) disponible en : <http://mpa.ub.uni-muenchen.de/14104/>

como ya se vio, no es ni perfecto ni estático, pues está sujeto a múltiples variaciones en el tiempo.

En suma, lo que debe buscarse es crear incentivos significativos que alienten a los jugadores a confesar; esto es crear un ambiente de desconfianza al interior del cártel y ofrecer descuentos significativos en las sanciones, en aras a convertir la decisión de confesión de los agentes cartelizados en una estrategia dominante y atractiva.

Sin duda, la racionalidad económica implícita en los cárteles tiene efectos en la lucha contra los mismos, tanto *ex ante* como *ex post*, puesto que un programa de clemencia proporciona un incentivo permanente para acudir a la autoridad y traicionar a los demás. Así, se desestabilizan los cárteles existentes e igualmente se produce un efecto disuasivo en la posible coordinación para la formación de nuevos cárteles, pues los agentes se verían racionalmente inclinados a abstenerse de jugar, ante la imposibilidad de no estar seguros de los movimientos de los otros agentes.

En armonía con lo anterior se observa cómo cada vez más la decisión de hacer parte de un cártel o permanecer en él, es fruto del examen de racionalidad económica que supone un análisis costo-beneficio bastante juicioso. Debe resaltarse que el protagonismo de las autoridades de competencia es clave en este punto, ya que deben esforzarse por diseñar adecuadamente los programas de clemencia y tener la capacidad de coacción a los agentes en el sentido de llevarlos " a jugar" estratégicamente en el marco básico del dilema del prisionero⁴⁶, volviendo dominante la posibilidad de confesar, para así enfrentar a los integrantes del cártel a una teoría de juegos estratégica, donde deben ser racionales y tener la determinación suficiente para acudir de primero a delatar las actividades ilícitas. Poniendo lo anterior en otras palabras, las empresas deben ser enfrentadas a una cuenta

⁴⁶ Debe precisarse que muchas veces la influencia de la autoridad se ve limitada por la poca o nula interacción directa y personal con los sujetos a quienes se dirigen estos programas. Entonces, acá juega trascendental importancia la escrituración de unas reglas de juego claras con multas fuertes, pero reducciones atractivas y con mecanismos eficientes para transmitir mensajes y señales a los cárteles que influya en su idea de confesar. Véase: Nicolo Zingales, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101803> P. 9

regresiva y así generar competencia interna entre ellas sobre quien gana al delatar de primero.

2 Aproximaciones a la política de clemencia de la Unión Europea y el programa de inmunidad de los Estados Unidos (“*LENIENCY PROGRAMS*”)

El objetivo general al adoptar un programa de clemencia es “romper la ley del silencio que rige entre los miembros de un cártel”⁴⁷. En el marco de esta institución puede existir inmunidad absoluta o parcial, bien sea ya con respecto a la sanción criminal o administrativa.⁴⁸ Resulta útil reseñar dos de los principales programas de clemencia, que se han convertido en referencia obligada, como son el de Estados Unidos, que fue el primer hito a nivel mundial, y la aplicación que de estos programas hace la Unión Europea, donde se ha venido observando un interesante proceso de actualización e implementación en los países miembros.

2.1 Estados Unidos⁴⁹

Desde 1978 el Departamento de Justicia introdujo el primer programa de amnistía: éste se quedó en el papel en cuanto carecía de ese elemento determinante como es un beneficio atractivo para los agentes cartelizados. Por tanto, no logró influir efectivamente en la conducta de ellos, es decir, pocas personas se acogieron al programa, pues era mínima la motivación para revelar información sobre las conductas anticompetitivas concertadas por los agentes.

En el año 1993 Estados Unidos tuvo una reforma significativa en su programa de amnistía, la cual se hizo en aras de actualizar la figura y volverla más atractiva. Así, se desarrolló el

⁴⁷ Véase: Aldo González. *La Delación Compensada o Amnistía en la Lucha Anti-Carteles*. Chile (Enero, 2007) disponible en: <http://econ.uchile.cl/public/Archivos/pub/8ca92c23-e188-4d46-9845-306999ffc174.pdf>

⁴⁸ Juan David Gutiérrez R. *Amicus curiae – Intervención en la Demanda de inconstitucionalidad contra el D 2153 de 1992* p. 14 (2008)

⁴⁹ Para una comprensión más extensiva de la política de competencia en EE.UU. véase: Lawrence M. Frankel. *Rethinking the Tunney Act: a Model for Judicial Review of Antitrust Consent Decrees*. Antitrust Law Journal publicado por: the American Bar Association Section of Antitrust.No. 2 (2008)

"Corporate Leniency Policy"(por su nombre en inglés).⁵⁰ En ésta última versión, que aún sigue vigente, se previó una amnistía automática frente a cargos penales para el delator que se presenta ante la autoridad e informa sobre la actividad ilegal en la cual está involucrado. Sin embargo, se distingue el momento en el cual se decide acogerse al programa, ya sea ANTES de que la investigación se haya iniciado o DESPUÉS de que la autoridad ya la ha comenzado.

Según esta diferenciación es posible encontrar ciertos parámetros que debe seguir una empresa delatora que se encuentre en una u otra situación. Así, en caso de informar antes de la investigación, se deben observar las siguientes condiciones⁵¹:

- “1. Al momento de informar la conducta, que la División Antimonopolios no haya recibido información sobre actividades ilegales allegada por otra fuente.
2. Que la empresa, al tener conocimiento de su conducta ilegal, haya adoptado pronta y efectivamente las acciones necesarias para terminar esa conducta.
3. Que la empresa informe detalladamente la situación y se comprometa a colaborar con la División Antimonopolios durante toda la investigación frente a los demás infractores.
4. Que confiese el comportamiento.
5. Que la empresa haga restituciones a los terceros que han sufrido daños.
6. Que la empresa no haya coaccionado a otros a participar en la práctica de la actividad ilícita, y que no haya sido el líder de ella.”⁵²

En suma, en este primer evento se prevé una amnistía automática frente a cargos penales para el delator que se presenta ante la autoridad y que cumple de manera acumulativa esos requisitos e informa sobre la actividad ilegal en la cual está involucrado.

⁵⁰ Fue igualmente concebido en el seno del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

⁵¹ Sección A Corporate Leniency Notice, Department of justice. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>. EE.UU.1993

⁵² Traducción tomada de: Mauricio Velandia Castro, *Demanda de Inconstitucionalidad contra el Decreto 2153 de 1992, artículo 4 n° 12 y artículo 52 n° 4*. p. 5 (2008)

En contraste con lo anterior, otro sería el escenario en caso de que ya se hubiere iniciado la investigación, porque aquí podría observarse una conducta más exigente de las autoridades para con los agentes. De igual forma, también pueden identificarse otros requisitos para que pueda darse la amnistía o reducción de multas, como son:

- “1. Que la empresa sea la primera en informar y en aspirar a buscar amnistía por esa actividad ilegal reportada, quedando las demás excluidas de la amnistía.
2. Que la División Antimonopolios no tenga evidencia suficiente para establecer una posición convincente que los involucre.
3. Que la empresa, al tener conocimiento de su conducta ilegal, haya adoptado pronta y efectivamente las acciones necesarias para terminar esa conducta.
4. Que la empresa informe detalladamente la situación y se comprometa a colaborar con la División Antimonopolios durante toda la investigación respecto de los demás infractores.⁵³
5. Que confiese el comportamiento.
6. Que la empresa haga restituciones a los terceros que han sufrido daños.
7. Que la División Antimonopolios pueda determinar que al otorgar amnistía no resulta injusto para los demás, teniendo en cuenta la ilegalidad del comportamiento, la confesión hecha y el aviso de la empresa. (Aquí tendrán en cuenta qué tan temprano apareció la empresa, si coaccionó a terceros a participar, si fue el líder o no de la actividad.)⁵⁴

⁵³ “More specifically, the forms of cooperation range from:1) producing all the information that DOJ requests. 2) Permit all relevant information to be shared with foreign authorities. 3) Secure the cooperation of all employees for interviews or testimony.4) immediate cessation of collusion. Veáse: Sprattling, *Making companies an offer they shouldn't refuse*, *The Antitrust Division's Corporate Leniency Policy- An Update*, Speech delivered at Washington DC, before Bar Association of the District of Columbia's 35th Annual Symposium on Associations and Antitrust (February 16, 1999), available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/2247.htm>, at 4-9.

⁵⁴ *Ibidem* p.6

Esta última alternativa, está contenida en la sección B de Corporate Leniency Notice publicado por el Departamento de Justicia (DOJ por sus siglas en inglés) en 1993⁵⁵. Debe precisarse, que no obstante haberse comenzado la investigación, existe la posibilidad de igualmente otorgar el beneficio de amnistía total a la primera empresa que se acercó a la autoridad, siempre y cuando cumpla con las condiciones descritas en el párrafo anterior, lo más importante será la amplia discrecionalidad para decidir si concede o no la amnistía total⁵⁶, con que cuenta el Departamento de Justicia con base en lo descrito en el punto 7. Entonces, será menester realizar un análisis sobre la justicia o injusticia de la conducta, esto se mirará en cada caso en particular,⁵⁷ y en caso de no clasificar para amnistía total, aún puede aspirar a la reducción de la multa que se graduará observando determinados criterios⁵⁸. Son las guías de multas las que han permitido al DOJ moverse con cierta libertad, pues sólo se sujetan a tener en cuenta los parámetros enunciados en las mismas, sin perjuicio de afectar el amplio margen de discrecionalidad que posee dicha autoridad.⁵⁹ Otra aplicación importante para mencionar, sobre el programa de amnistía de EEUU, es la que se presenta frente a la responsabilidad individual que recae sobre los administradores y otros empleados con cargos directivos en las empresas cartelizadas, que incurrir en la

⁵⁵ Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>.

⁵⁶ “In applying condition 7, the primary considerations will be how early the corporation comes forward and whether the corporation coerced another party to participate in the illegal activity or clearly was the leader in, or originator of, the activity. The burden of satisfying condition 7 will be low if the corporation comes forward before the Division has begun an investigation into the illegal activity. That burden will increase the closer the Division comes to having evidence that is likely to result in a sustainable conviction.” sección B de Corporate Leniency Notice. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>.

⁵⁷ Para un análisis económico de los programas de clemencia, véase Hans -Wilhelm Krüger, *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis*, p. 5 Master Thesis Erasmus Programme in Law and Economics, (2001) disponible en: <http://rile.brinkster.net/Thesis/Krueger.pdf>

⁵⁸ Véase: Secciones 5K1.1 y 8C4.1, y 8C2.5 (g) of US Sentencing Guidelines (USSG).

⁵⁹ Véase Hammond, S.D., *Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Agreements*, public speech presentado en: Washington D.C., (Marzo 29 2006), Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/215514.htm>,

recognizing those factors in (1) the timing of the cooperation; (2) the value and significance of the information provided; and (3) whether the company brings forward evidence of other collusive activity and receives an additional Amnesty Plus discount

conducta ilícita⁶⁰. Sobre estos también pueden pesar cargos penales, el atractivo está en que bajo el programa de amnistía éstos podrían solicitar acogerse a la figura y atenuar su responsabilidad, aquí las condiciones serían⁶¹:

1. Que admitan su participación en la conducta ilegal, mientras la División no haya recibido información relacionada con esa actividad ilegal de ninguna otra fuente.
2. Que reconozca la mala intención de su actuar en la conducta ilegal y se comprometa a seguir colaborando con la investigación.⁶²
3. Que no se hubiera obligado a otra parte a participar en la actividad ilegal. Que no sea el líder, ni autor principal de la actividad.

Como corolario de lo anterior, se observa como EE.UU. tiende a separar el "Programa de amnistía para Personas individuales," el cual prevé igualmente una exoneración de responsabilidad penal al que directa y autónomamente tomó la decisión de acudir en primer lugar a la autoridad y delatar la existencia del cártel. Esto ocurre independientemente de si la empresa cumple o no los requisitos necesarios para aplicar a una amnistía (sección B⁶³).

2.1.1 La amnistía Plus

Es un incentivo significativo incluido en el programa de amnistía de EE.UU., tiene el mismo propósito de otorgar una reducción de las sanciones, pero ocurre cuando la confesión de una infracción a la competencia se encuentra unida a otra infracción.

⁶⁰ Leniency Policy for Individuals, Departamento de Justicia. Agosto 10, 1994. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>

⁶¹ Leniency Policy for Individuals, Departamento de Justicia. Sección A Requirements for Leniency for Individuals. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>

⁶² Véase: Para un análisis económico de los programas de clemencia, véase Hans -Wilhelm Krüger, *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis*, p. 3-6. Master Thesis Erasmus Programme in Law and Economics, (2001) disponible en: <http://rile.brinkster.net/Thesis/Krueger.pdf>

⁶³ Leniency Policy for Individuals, Departamento de Justicia, sección B. Applicability of the Policy Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0092.htm> B. Applicability of the Policy

Este aspecto hace referencia a los beneficios que la autoridad puede ofrecer a un miembro de un cártel que confiesa infracciones contra la competencia anteriores y que involucran uno o más cárteles diferentes del cártel sobre el cual, en ese momento, se está adelantando la investigación. Lo que pretende esta figura es que las empresas que acudan a la autoridad y se encuentren bajo estas circunstancias, no tengan miedo de confesar esas infracciones, que en su momento afectaron otros mercados, ya que ahora se les podrían perdonar. Esta figura tiene relevancia frente a cárteles internacionales cuando las investigadas son compañías multinacionales que venden diferentes productos.⁶⁴

Bajo los anteriores supuestos, en el seno de la comisión que estudiaba la figura se sugirió la implementación de tres instrumentos: el primero es “la Amnistía Más” que promete un descuento de la sanción para el cártel del producto de mercado “x”, siempre que califique para obtener inmunidad por la confesión de un cártel del producto del mercado “Y.” En segundo lugar, se aplica en sentido similar “la Pena Más,” según esta, si una empresa en el marco de una investigación comete una segunda infracción contra la competencia y omitió contarla a la autoridad; y si después dicha conducta es descubierta y satisfactoriamente procesada, esa omisión voluntaria puede llevar a un agravamiento de la condena.⁶⁵ En tercer lugar, se mira la relevancia de la existencia de estímulos para confesar, acá comprende la amnistía más como una posibilidad efectiva de saber si realmente hay una participación en cárteles relacionados con otros productos u otra industria. De esta manera, una sola empresa que tenga la voluntad de confesar, tendrá la potencialidad de descubrir varios cárteles de múltiples mercados.⁶⁶

⁶⁴ Véase Thomas O. Barnett. “Criminal Enforcement Of Antitrust Laws: The U.S. Model. Public speech, presentado en: New York, (September 14, 2006).

⁶⁵ “*where appropriate, will urge the sentencing court to consider the company's and any culpable executive's failure to report the conduct voluntarily as an aggravating sentencing factor*” citado por véase Nicolo Zingales, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101803> P 47.

⁶⁶ Véase: Véase Thomas O. Barnett. “Criminal Enforcement Of Antitrust Laws: The U.S. Model. Public speech, presentado en: New York, Septiembre 14, 2006. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/218336.htm>

En síntesis, a diferencia de otros países EE.UU. cuenta con elementos particulares y sofisticados en la aplicación de su programa de amnistía. En esencia su programa depende de la oportunidad y el momento en que la empresa se acerca a la autoridad, porque el primero en el tiempo que confiese, informe sobre el acto ilícito, y reúna los requisitos acumulativos, tendrá derecho a aspirar a una amnistía automática, mientras que por otro lado, las personas que en desarrollo de una investigación se acojan al programa tienen apenas la expectativa de beneficiarse de la inmunidad total, la reducción en la sanción criminal o en las multas; en otras palabras, de recibir un trato más clemente. Finalmente se observa como EE.UU. aporta elementos interesantes a los programas de clemencia como son la “amnistía más,” que han contribuido a facilitar la aplicación del programa de amnistía, cumpliendo de manera loable el objetivo de detectar los cárteles. Como comentario final, en mi criterio, encuentro que el rasgo más significativo previsto en EE: UU está en la discrecionalidad que posee el DOJ a la hora de conceder amnistía total o parcial.

2.2 Unión Europea⁶⁷

La Comisión Europea de Competencia introdujo el programa de clemencia en 1996 por medio de la comunicación 96/C 207/04.⁶⁸ Esta prescribió la manera como un agente económico podía beneficiarse de la no imposición de una multa o de una reducción importante en su monto. El programa europeo de clemencia se inspiró en programa de amnistía de EE.UU.,⁶⁹ pero a diferencia de este, la UE no contempló la amnistía automática que si existía y existe actualmente en EE.UU.

En 2001, se presentó un nuevo proyecto que buscaba mejorar su aplicación y aumentar la cooperación con el fin de maximizar la capacidad de la Comisión Europea para detectar y

⁶⁷ Véase: George Stephanov Georgiev, *Contagious Efficiency: the growing reliance on U.S.-style antitrust settlements in EU law*. Utah law review (2007)

⁶⁸ 1996 Comunicado de la Comisión sobre: non-imposition or reduction of fines in cartel cases Official Journal C 207, 18.07.1996 p. 4-6 disponible en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html

⁶⁹ Vease: Joel Davidow, *The Worldwide Influence of U.S. Antitrust*, 35 ANTITRUST BULL. 603, 625 (1990).

perseguir los cárteles. Esto terminó con la *comunicación del año 2002*,⁷⁰ que buscó fortalecer la transparencia y la seguridad jurídica.⁷¹

En este sentido, el estándar de la Unión Europea fue cambiado en 2002, volviéndolo más cercano al modelo de EE.UU. ya que abrió la posibilidad de ofrecer inmunidad también para empresas que confesaron después de haber iniciado la investigación y estableció la posibilidad de otorgar amnistía automática.

Otro importante hecho que debe destacarse fue la enmienda sobre el método para calcular la reducción de las multas adoptada en 2006,⁷² pues abrió la posibilidad de considerar varios factores tendientes a conducir a la correcta tasación de la multa.⁷³

Recapitulando, se observa como en el marco de Unión Europea hoy se admite la inmunidad total o parcial de las sanciones administrativas para el delator que proporciona información pertinente y suficiente para desmontar el cártel. Entonces, las condiciones necesarias que

⁷⁰ 2002 Comunicado de la Comisión sobre “Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases” diario oficial C 45, 19.02.2002, p. 3-5 disponible en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html

⁷¹ Gracias a este mejoramiento del programa de clemencia aplicado al interior de la Unión Europea, en estos últimos años, la mayoría de los carteles que se han logrado detectar han sido en el marco de un programa de clemencia pues alguno de sus miembros han solicitado acogerse al programa.

Las cifras evidencian resultados satisfactorios, pues dos años siguientes a la entrada en vigor de la reforma de 2002 del nuevo régimen sobre clemencia (febrero de 2002), la Comisión recibió 34 solicitudes de inmunidad, estas relacionadas con al menos 30 presuntas infracciones diferentes al régimen de competencia

En 27 casos de los 34, se concedió una inmunidad condicional. “Casi todos estos casos fueron investigados por la Comisión, la mayoría a través de inspecciones.” Comisión Europea de Competencia, *Informe europeo del 2003* disponible en: www.ec.europa.eu/euratom/anreport_en.html

⁷² Véase: Public consultation on amendment of the Leniency Notice – comments received (October 2006) disponible en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html

⁷³ Véase 2006 Guía de multas “Fining guidelines.” por su nombre en inglés. disponible en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html

deben reunirse para lograr una dispensa del pago de las multas a la empresa que participe en un acuerdo y que quiera denunciarlo son las siguientes:⁷⁴

1. Tiene que ser la primera empresa en acudir a la autoridad a revelar la existencia de una conducta ilegal del cártel.⁷⁵
2. Aportar elementos de prueba de la existencia de un cártel desconocido, hasta ese momento, por la Comisión Europea o, en caso de que la Comisión conociese ya la existencia del cártel, si la empresa es la primera en aportarle elementos cruciales que le permitan probar de forma fehaciente.⁷⁶
3. Cooperar continuamente durante el trascurso de la investigación
4. Se condiciona a la empresa solicitante a suspender su participación en el cártel,
5. Se exige que el delator no debe haber obligado a otra u otras empresas a ser parte del cártel.⁷⁷

Lo novedoso de la reciente comunicación de 2006 fue la inclusión de criterios para determinar la calidad de la información y las pruebas requeridas para obtener el beneficio de absolverse de pagar la multa, en el sentido de ampliar el margen sobre el cual pueden estudiarse los elementos probatorios. Antes se tenía un umbral muy alto, casi que inalcanzable y esto no era conveniente. El programa era poco atractivo gracias a esa

⁷⁴ (a) *the undertaking is the first to submit evidence which in the Commission's view may enable it to adopt a decision to carry out an investigation in the sense of Article 14(3) of Regulation No 17(2) in connection with an alleged cartel affecting the Community; or (b) the undertaking is the first to submit evidence which in the Commission's view may enable it to find an infringement of Article 81 EC(3) in connection with an alleged cartel affecting the Community.* Véase 2002 Leniency Notice, artículo 8.

⁷⁵ Véase: 'Competition: Commission proposes changes to the Leniency Notice – frequently asked questions', disponible en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/357&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

⁷⁶ Véase: Dispensa del pago y reducción del importe de las multas clemencia en casos de cártel.mht disponible en: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l26119.htm>

⁷⁷ Se sostiene que la empresa que haya tomado medidas con objeto de coaccionar a otras empresas para que se unan al cártel o permanezcan en él quedará inhabilitada para la obtención de la dispensa del pago de las multas. Para un análisis económico de los programas de clemencia, véase: Hans - Wilhelm Krüger, *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis*, p. 3-6. Master Thesis Erasmus Programme in Law and Economics, (2001) disponible en: <http://rile.brinkster.net/Thesis/Krueger.pdf>

exigencia, que truncaba los deseos de las empresas de confesar. Actualmente, se tiene una lista sobre qué información y que elementos de prueba las empresas deberán suministrar para clasificar para el programa y adelantar la respectiva investigación.⁷⁸ No obstante, se señala que ese inventario es meramente ilustrativo, más no taxativo, pues se terminan modulando un poco para admitir otras pruebas.⁷⁹

En el programa de la Unión Europea también se observa una diferencia con relación al momento que se decide confesar. Si ya se ha iniciado la investigación, la empresa debe aportar pruebas de peso que conduzcan indefectiblemente a probar ya no sólo la existencia del cártel, sino a probar las actividades ilegales, para así ser beneficiario del programa. Es una exigencia mayor, pero necesaria en el marco de una investigación, porque la autoridad ya ha recopilado información relevante que busca comprobar. Evidentemente, no tiene sentido presentar elementos repetidos, que poco aportan al proceso y no va a contribuir a declarar la ocurrencia de conductas anticompetitivas,

Una vez cumplidos los requisitos anteriormente enunciados, se procede a determinar la reducción sustancial o condonación total de la multa. Sin embargo, puede ocurrir que una empresa no cumpla con el lleno de las condiciones. En principio deberá renunciar a la absolucón del pago de la multa pero, esa empresa no queda totalmente desprotegida y su intento de colaborar no fue totalmente en vano, porque igual pueden aspirar a beneficiarse de la reducción del monto de la multa y dicha graduación se hará observando el valor de los elementos de prueba aportados. Lo que se pretende es que esas nuevas pruebas aportadas

⁷⁸ El tipo de pruebas que se requieren está íntimamente relacionado con la información que la Comisión necesita para proceder a una inspección oportunamente orientada. Si bien las empresas que se proponen presentar una solicitud de clemencia deben aportar la información y las pruebas que la Comunicación les indique, cuando preparen dicha solicitud también deberán procurar no tomar ninguna medida que pudiera comprometer las inspecciones de la Comisión. internet véase 2006 Leniency Notice disponible en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html

⁷⁹ “*Other evidence relating to the alleged cartel in possession of the applicant or available to it at the time of the submission, [including in particular any evidence contemporaneous to the infringement.]*” citado por Nicolo Zingales, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101803> P.40

dentro de la ya iniciada investigación, proporcionen “un valor añadido significativo con respecto a los elementos de prueba que ya obren en poder de la Comisión.”⁸⁰

En este escenario, es crucial el grado de certeza de las pruebas pues se distingue entre las pruebas concluyentes que no requieren mucha comprobación, de las pruebas que en sí mismas carecen de valor y que debe la autoridad adelantar la respectiva corroboración. Por lo tanto, tendrán mucho más valor las pruebas concluyentes que son irrefutables.⁸¹

En cuanto a la imposición de multas, la Comisión Europea ha tratado de manejar los siguientes criterios para efectuar su tasación y correcta reducción. Se parte del orden y momento en que las empresas acudieron a la autoridad; de esta manera, se aplica una deducción de entre el 30 y el 50 % del monto de la multa, que de otro modo le habría sido impuesta, a la primera empresa que cumple las condiciones antes enunciadas; a la segunda un monto de entre el 20 y el 30 %, y a las demás hasta el 20 %. Se reitera que el factor decisivo es el momento en que se hizo la respectiva denuncia, esto quiere decir que el primero en el tiempo tendrá un beneficio mayor. Pero además, se debe tener en cuenta que “Para fijar el porcentaje de reducción dentro de esos márgenes, se tendrá en cuenta la fecha en que fueron comunicados los elementos de prueba y el grado de valor añadido que comporten.”⁸²

Por otro lado, debe hacerse una reflexión sobre el numeral 3 de los requisitos antes enlistados, este prescribe la obligación de cooperar continuamente durante el transcurso de

⁸⁰ Se considera que aportan un valor añadido significativo los elementos de prueba que, ya sea por su propia naturaleza, ya por su nivel de detalle, aumenten la capacidad de la Comisión para establecer la existencia del cártel. article 9 section B. véase 2006 Leniency Notice disponible en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que la empresas deben procurar no destruir, mucho menos falsificar u ocultado pruebas de la existencia del cártel. Véase: Plus Dispensa del pago y reducción del importe de las multas clemencia en casos de cártel.mht disponible en: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/1vb/126119.htm>

⁸¹ “[...]so that compelling evidence will be attributed a greater value than evidence such as statements which require corroboration if contested ‘: véase: 2006 Leniency Notice, 26 disponible en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html

⁸² Véase: Dispensa del pago y reducción del importe de las multas clemencia en casos de cártel.mht disponible en: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/1vb/126119.htm>

la investigación.⁸³ Este punto en particular es muy importante en cuanto la colaboración permanente hasta el final de la investigación se establece como una *condición sine qua non* no se otorgaran las ventajas derivadas de la clemencia; tanto, la dispensa del pago de las multas como la reducción del monto de las mismas. En este orden de ideas, se ha exigido que la colaboración de la empresa delatora deba ser “completa, permanente y diligente durante todo el procedimiento.”⁸⁴ A estos requerimientos se suma, la exigencia de una cooperación efectiva y seria. “La empresa deberá, en efecto, proporcionar información exacta, no tergiversada y completa.”⁸⁵

Por el contrario, el rechazo a cooperar y la obstrucción de la investigación realizada por la Comisión puede constituirse en un factor determinante para incrementar la multa. Además de lo anterior, debe mencionarse que también cabe la posibilidad de imponer multas independientemente del proceso. Lo cual se basa en el artículo 23 (1) de la Regulación 1/2003 para ciertos rechazos a cooperar⁸⁶.

Otro aspecto para destacar del programa de clemencia de la Unión Europea está en la obligación de que una vez la empresa se acoja al programa debe *renunciar a los beneficios y a las actividades del cártel*. Aunque podría observarse un poco de laxitud, si la Comisión considera que es necesario que la empresa que aplica a la clemencia debe continuar en el cártel, con el propósito de preservar la integridad de las inspecciones y demás material probatorio, lo puede exigir como parte del programa.

Para terminar, se resalta la protección que se brinda en el marco de un programa de clemencia para las empresas que aspiran a esta, ya que sus declaraciones gozan de reserva

⁸³ 2006 Leniency Notice, article 26. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html

⁸⁴ Véase 2006 Fining Guidelines. 28 disponible en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html

⁸⁵ Nicolo Zingales, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101803> P 62

⁸⁶ Véase Wils, ‘Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice’ (2007) 30 (1) World Competition: Law and Economics Review, at 29. Citado por: Nicolo Zingales, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101803> zingales.

en cuanto no serán ni públicas, ni divulgadas, es decir, no se trasladará la prueba a juicios civiles por daños y perjuicios.

3 Programas de clemencia en Latinoamérica

Es necesario hacer una aproximación general a las normas jurídicas vigentes en materia de competencia que desarrollan programas de clemencia o indulgencia en Latinoamérica y otros países vecinos, específicamente se hace referencia a México, que es un caso muy interesante y a Brasil donde su aplicación es recurrente. Las legislaciones de competencia de la región con base en los modelos de EEUU y la UE paulatinamente han adoptado incipientes programas de clemencia. Por último, es importante reseñar las consideraciones más significativas que se han hecho al diseñar los beneficios que ofrecen los programas, entre otros aspectos relevantes.

Como se precisó en párrafos precedentes, los programas de clemencia son aceptados como una alternativa para remediar las prácticas colusorias en que incurren los cárteles y son vistos como una atractiva salida para los agentes coludidos, quienes pueden optar por denunciar la práctica en la que incurrieron y de esa manera exonerarse de la sanción u obtener una rebaja de la misma. Los agentes de la región, particularmente tienden a la cartelización, a concertarse sobre ciertas condiciones del mercado debido a que las economías locales son generalmente pequeñas con fuerte tendencia a la concentración de los mercados. Las autoridades de competencia son conscientes de los daños que estos acuerdos producen y de la propensión que se presenta en los países con estructuras de mercado oligopólicas, la cual se presenta en la región a consecuencia de las particularidades y la cultura económica que tenemos. Por lo anterior, las autoridades de competencia recurren a medidas alternativas como es el perdón de las multas, y beneficios similares al agente que decida delatar a los demás agentes coludidos.

Los efectos y beneficios de los programas de clemencia evidenciados principalmente en EU y UE como son: el debilitamiento de la solidaridad de los miembros de los cárteles, el efecto preventivo contra la creación de nuevos cárteles que concentraba la economía y alteraban notablemente la estructura de un mercado en condiciones de competencia, entre otros efectos, motivó a los países de la región a incluir en su normas de competencia una institución de esta naturaleza.

El profesor Juan David Gutiérrez al hacer una presentación sobre la legislación de competencia en América Latina y el Caribe⁸⁷ propone una división muy práctica y útil, que pretende identificar cronológicamente la evolución de la materia en tres etapas y que facilitará la delimitación de la inclusión de los programas de clemencia en los países latinoamericanos: una primera etapa va desde 1923 hasta 1990. La segunda desde 1990 hasta el 2000 y la tercera y última se encuentra fijada del 2000 en adelante. No vale la pena detenernos en las dos primeras, basta con mencionar que en la primera puede identificarse la consagración de legislaciones formales de competencia en países como Argentina, México, Chile, Colombia y Brasil. En la segunda etapa puede observarse una fuerte tendencia a la liberalización de las economías de los países, bajo este escenario se logró el desarrollo de normas derecho de la competencia.⁸⁸

La última etapa, a partir de 2000 es la que nos interesa para efectos de este trabajo, ya que constituye el punto de quiebre para los programas de clemencia. Los primeros años de esta década sirvieron inicialmente para hacer un balance sobre las legislaciones de competencia vigentes, identificando sus logros y debilidades de cara a la liberalización. Por otro lado, los países que todavía no tenían consagrado en su legislación normas de competencia, trabajaban fuerte para implementarlas a su ordenamiento jurídico, y quedar a la par de países que ya las tenían desde periodos anteriores. Estos últimos, tenían una exigencia mayor, ya que con base a su experiencia acumulada debían impulsar reformas tendientes a actualizar sus normativas, igualmente acorde con el fenómeno de la apertura comercial.

Algunas de las principales características de este periodo, identificadas por Juan David Gutiérrez en su documento fueron: “(i) Los países que cuentan con una mayor trayectoria en la aplicación de la normativa de competencia reforman nuevamente su legislación (Brasil a finales del año 2000, Jamaica en el 2001, Argentina en el 2001, Chile en el 2002 y

⁸⁷ Véase Juan David Gutiérrez, *La legislación de competencia en América Latina y el Caribe: historia, vigencia, aplicación y reformas*, Octubre de 2007, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1023811>

⁸⁸ Estos dos etapas son caracterizadas detalladamente en el artículo mencionado, escrito por Juan David Gutiérrez, *La legislación de competencia en América Latina y el Caribe: historia, vigencia, aplicación y reformas*, (Octubre de 2007, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1023811>)

2003, Panamá en el 2004, 2006 y 2007, y México en el 2006). Asimismo, otros países con una normativa desde más de una década de vigencia también cuentan proyectos de ley que son tramitados en sus respectivos órganos legislativos (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Perú y Venezuela);

(ii) La Comunidad de países del Caribe (CARICOM) expide el Protocolo VIII de 2000³⁰ y la CAN reforma su normativa de protección y promoción de la libre competencia por medio de la Decisión 608 de 2005³¹;".....

Se resaltan las dos características anteriores, ya que a partir de la expedición de nuevas leyes y reformas, los países fueron incorporando programas de indulgencia. Argentina en 1999 intentó crear la figura –realmente allí no existe tal programa.- Brasil⁸⁹ empezó en el 2000, seis años más tarde siguió México (2006). En cierta medida, los tres países anteriores cuentan con más experiencia y con base en esas legislaciones siguieron Perú⁹⁰ y Panamá⁹¹ que han incluido en su articulado medidas tendientes a desarrollar estos beneficios de clemencia y para cerrar el grupo tenemos a Chile que hace unos días aprobó una reforma en este sentido y finalmente, Colombia donde actualmente cursan proyectos de ley que pretenden incorporar los beneficios por colaborar con las autoridades.

En este orden de ideas es oportuno exponer brevemente la estructura de los programas de clemencia en estos países y los textos que los consagran. De alguna manera se ha intentado que estos sean acordes con las necesidades y las particularidades que presenta la cultura de cada país.

Los países que hasta el momento cuentan con más experiencia son:

⁸⁹ partir de la expedición de la Ley 10.149 de diciembre 21 de 2000 modifica el Artículo 53 de la Ley 8.884 de 1994. se estableció, el Programa de Clemencia (*Leniency Program*) administrado por la Secretaria de Direito Econômico (SDE)

Ley 10.149 de 2000, “Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

⁹⁰ Artículo 25 del Decreto Legislativo 1034 de 2008 (Ley Represión Conductas Anticompetitivas).

⁹¹ Artículo 86, numeral 15, de la Ley 45 de 2007

3.1 Argentina

En la Ley 25.156 de 1999, la cual es la Ley de Defensa de la Competencia de este país. Consagró en el capítulo VI llamado del procedimiento, la posibilidad de cesar o suspender las investigaciones e inclusive el archivo de las mismas bajo ciertas condiciones.

El artículo 36 expresamente dice: “— Hasta el dictado de la resolución del artículo 34 el presunto responsable podrá comprometerse al cese inmediato o gradual de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ello.

El compromiso estará sujeto a la aprobación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia a los efectos de producir la suspensión del procedimiento.

Transcurridos tres (3) años del cumplimiento del compromiso del presente artículo, se archivarán las actuaciones.”

Es conveniente precisar que de la lectura rápida del texto de la norma, surgen varias inquietudes y en mi opinión se observa que Argentina no tiene estructurado un programa de clemencia propiamente dicho. Este es más bien asimilable a la terminación anticipada de las investigaciones debido a un ofrecimiento de compromisos tendiente a modificar la presunta conducta contraria a la competencia. No obstante tiene algunas similitudes con los beneficios que contempla un programa de clemencia. Una vez más enfatizamos en la importancia de distinguir entre ofrecimiento de garantías o compromisos y los programas de clemencia, instituciones muy distintas⁹².

Cuando el mencionado artículo 36, prescribe los compromisos como una posibilidad de terminación de las investigaciones, lo hace en desarrollo del artículo 24 que enumera las funciones y facultades del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia y en específico

⁹² Para mayor ilustración de este punto véase la sucinta exposición que hace Juan David Gutiérrez. En el *Amicus curiae – Intervención en la Demanda de inconstitucionalidad contra el D 2153 d 1992* (2008) p. 14 y Mauricio Velandia Castro, *Demanda de Inconstitucionalidad contra el Decreto 2153 de 1992, artículo 4 n° 12 y artículo 52 n° 4*” (2008)

del inciso “o)” que contempla como una de las funciones de la autoridad “Propiciar soluciones consensuadas entre las partes.”

En suma, con respecto a la legislación Argentina no podemos afirmar que posee un definido programa de clemencia con las consecuencias y efectos que hemos explicado a lo largo de este documento. Simplemente precisamos que la autoridad de competencia argentina cuando investiga ciertas conductas como consecuencia del procedimiento establecido en la Ley 25.156, puede resolver 1) desestimar la denuncia por no encuadrar los hechos en el Artículo 1º de la Ley 25.156; 2) aceptar las explicaciones del denunciado; 3) aceptar el compromiso ofrecido por las partes, 4) imponer una sanción ordenando el cese de la conducta y/o aplicando una multa o 5) ordenar el archivo.

La salida que nos interesa destacar, es la descrita en el anterior numeral 3, que no supone la aplicación de una sanción, se exime de esta, a condición de la aprobación de un compromiso que ofrezca el presunto responsable y según los reportes anuales del la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia **CNDC**: en el 2002 terminaron 2 casos con aceptación de compromisos; en 2003 solo 1 caso; 2004 dos casos; 2005 dos casos y en el 2006 no se presentó ningún caso.

Adicionalmente, se menciona que en la actualidad la CNDC trabaja en un proyecto de un verdadero programa de clemencia que será publicado para su revisión y comentarios en el primer semestre de 2009.⁹³

3.2 México

En el caso de México, el 29 de junio de 2006 se implementaron significativas reformas a la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), ley que rige este país desde 1993. Los principales cambios que pretendían actualizar la LFCE estuvieron dirigidos a darle más facultades a la autoridad de competencia económica y a incrementar las sanciones.

⁹³ Véase: NOVEDADES LEGALES publicadas el 9 de diciembre de 2008 y disponibles en : <http://www.bomchil.com/files/publicaciones/081106-CNDC.pdf>

Al aumentar las facultades de la autoridad de competencia, se incluyó el desarrollo de una novedosa política, un programa de indulgencia. Éste busca permitirle a cualquier agente económico que haya formado parte, o actualmente se encuentre participando de un cártel, recibir un beneficio por cooperar con la autoridad. Las consecuencias de la figura se traducirán en reducción de sanciones y desincentivará la formación de los cárteles: Elementos esenciales y estructurales de los programas en mención.⁹⁴

El programa de inmunidad se encuentra descrito en el artículo 33 bis 3 de la LFCE ubicando en el capítulo de procedimiento, y prescribe:

“artículo 33 bis 3 Cualquier agente económico que haya incurrido o esté incurriendo en una práctica monopólica absoluta podrá reconocerla ante la Comisión y acogerse al beneficio de la reducción de las sanciones establecidas en esta Ley, siempre y cuando:

I. Sea el primero, entre los agentes económicos involucrados en la conducta, en aportar los elementos

de convicción suficientes que obren en su poder y de los que pueda disponer y que a juicio de la

Comisión permitan comprobar la existencia de la práctica;

II. Coopere en forma plena y continua con la Comisión en la sustanciación de la investigación que lleve a cabo y, en su caso, en el procedimiento seguido en forma de juicio, y

III. Realice las acciones necesarias para terminar su participación en la práctica violatoria de la Ley.

Cumplidos los requisitos anteriores, la Comisión dictará la resolución a que haya lugar e impondrá una multa mínima. No procederá acción judicial ni administrativa con base en la resolución que emita la Comisión en términos de este párrafo.

⁹⁴ **Véase:** Francisco González de Cossío. Comentario sobre las modificaciones a la Ley Federal de Competencia Económica. Newsletter Boletín de asuntos internacionales Núm 3, agosto 2006, México. Disponible en: <http://www.coparmex.org.mx/contenidos/internacional/newsletter/resumen/ago06/5.html>

Los agentes económicos que no cumplan con lo establecido en el fracción I anterior, podrán obtener una reducción de la multa de hasta el 50, 30 o 20 por ciento del máximo permitido, cuando aporten elementos de convicción en la investigación adicionales a los que ya tenga la Comisión y cumplan con los demás requisitos previstos en este artículo. Para determinar el monto de la reducción la Comisión tomará en consideración el orden cronológico de presentación de la solicitud y de los elementos de convicción presentados.

La Comisión mantendrá con carácter confidencial la identidad del agente económico que pretenda acogerse a los beneficios de este artículo.

El Reglamento de esta Ley establecerá el procedimiento conforme al cual deberá solicitarse y resolverse la aplicación del beneficio previsto en este artículo, así como para la reducción en el monto de la multa.”

En resumen, los puntos más importantes que desarrollan el programa son:

En principio cualquier agente cártelizado puede recibir los beneficios máximos del programa, es decir, el perdón completo de la multa, bajo la condición de cumplir los supuestos de la ley 33 bis 3 de la LFCE, como los de su Reglamento (Artículo y artículos 43 y 44 del RLFCE).⁹⁵

⁹⁵ el Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica fue modificado en el 12 de octubre de 2007. Los artículos 43 y 44 son indispensables para la adecuada aplicación del programa de inmunidad.

“Artículo 43.- el procedimiento para solicitar el beneficio de la reducción de sanciones, se tramitará conforme a las siguientes bases:

i. el interesado debe realizar su solicitud por medio de correo de voz al número telefónico y/o correo electrónico que la comisión indique en su sitio de internet, en el cual señalará su deseo de acogerse al beneficio, proporcionando los datos que considere convenientes para realizar el contacto personal con relación a su solicitud. la comisión asignará un número de clave que identifique la solicitud presentada. las comunicaciones que el interesado realice posteriormente se harán con su número de clave.

se entenderá como denuncia las solicitudes que sean tramitadas por medios distintos a los antes precisados;

ii. una vez recibido el mensaje por cualquiera de los medios indicados anteriormente, la comisión deberá comunicarse con el interesado, dentro de los dos días siguientes, para informarle el día, hora y lugar en que debe acudir a efecto de que se revise la información con que cuenta. en caso de no acudir, la comisión al día siguiente cancelará la solicitud y la clave correspondiente. la comisión debe atender solicitudes en orden de presentación y no debe evaluar alguna otra antes de haberse pronunciado sobre una anterior;

El beneficio es la eliminación o reducción de la multa, los incentivos están bien definidos y se gradúan de la siguiente manera: Mientras que el primero en acudir recibirá la virtual eliminación de la sanción, al segundo se le aplica hasta el 50%, al tercero el 30% y al cuarto el 20% del máximo de la multa. Dependerá del orden cronológico en que se presenten y además de la información suministrada, que será evaluada cuidadosamente para determinar si tienen la virtualidad de comprobar la existencia de la conducta ilegal y dismantelar el cártel.

Se establece que es esencial para obtener los beneficios del programa los siguientes requisitos:

- ✓ “Aportar los elementos que obren en poder del interesado, y de los que pueda disponer, que permitan comprobar la existencia del acuerdo;
- ✓ Cooperar en forma plena y continua con la Comisión en la investigación o procedimiento que se lleve a cabo;
- ✓ Realizar las acciones necesarias para terminar su participación en la práctica violatoria de la Ley, o continúe con su participación en la práctica si la Comisión lo considera oportuno a fin de no poner en riesgo la investigación; y
- ✓ En caso de existir una investigación en curso, presentar la solicitud antes de que haya concluido el período de investigación.”⁹⁶

iii. la comisión, en un término de quince días, prorrogables, tiene la obligación de verificar la información proporcionada, la que debe ser suficiente para presumir la comisión de la práctica, y

iv. la comisión debe comunicar al interesado si la información es suficiente, el orden cronológico de su petición y, en su caso, el porcentaje de reducción de la multa que resultare aplicable. asimismo, deberá informar al interesado si la información no es suficiente y por tanto la comisión debe cancelar la solicitud, la clave y devolver la información. la información aportada bajo este procedimiento solo puede ser utilizada para la integración de la investigación y el desahogo del procedimiento administrativo previsto en el artículo 33 de la ley.

artículo 44.- los agentes económicos únicamente pueden acogerse a los beneficios previstos en el artículo 33 bis 3 de la ley, hasta antes de la emisión del acuerdo de conclusión de la investigación a que se refiere el último párrafo del artículo 30 de la ley.

Disponible en : http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LFCE.pdf

⁹⁶ Véase: **Programa de Inmunidad, Comisión Federal de Competencia** disponible en http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=2997&Itemid=9

De manera similar como funciona en EU y UE, los interesados en acogerse al programa de inmunidad, pueden hacer una solicitud dejando un mensaje de voz en un número telefónico dado o a través de correo electrónico.

Por último, se crearon medidas de protección a la confidencialidad y requisitos diversos, como lo son cooperación y dar pruebas contundentes, aspectos determinantes para la efectividad del programa.

Hasta el momento, no se han estrenado los beneficios del programa de inmunidad, ninguna investigación de Prácticas monopólicas y otras restricciones a la competencia han concluido Conforme con el artículo 41 del Reglamento de la LFCEE. Así lo muestran los informes anuales publicados por la autoridad de 2006 y 2007. Sin embargo, en el 2007 hacen una mención especial por la incorporación de un “procedimiento específico para hacer efectivo el programa de inmunidad, el mismo que ha resultado -en el mundo- el arma más efectiva para atacar los carteles.”

3.3 Brasil

Es pionero en la región, en el 2000 se modificó el Artículo 35 de la *Lei* 8,884 de 1994 para introducir el programa de indulgencia a su normativa de competencia. La autoridad encargada de aplicarlo es el Consejo Administrativo de Defensa Económica – CADE junto con la Secretaria de Derecho Económico SDE.

Un rasgo diferenciado del sistema de competencia brasilero con relación a los demás de la región, es la consagración de una sanción penal a las infracciones a la ley de competencia como cartelización, así lo determina la Ley No. 8,137/90.

En mi opinión, la existencia de un proceso penal le da un margen de aplicación mayor al programa de clemencia. La autoridad de competencia es la encargada de juzgar y crear incentivos realmente atractivos para que los agentes cártelizados evadan además de las sanciones civiles, los juicios penales que podrían terminar con pena de prisión. No obstante,

no comparto que esta sea la opción más adecuada o determinante en el éxito de los programas de clemencia.

Como estrategia para combatir los cárteles y evitar las violaciones al régimen de competencia. Se introdujo EL PROGRAMA DE INDULGENCIA BRASILEÑO en el 2000, contenido en El artículo de 35 b de la lei No 8,884/94.. Este puede describirse así: La SDE tiene facultades para negociar acuerdos de indulgencia, A este programa pueden acogerse personas naturales y personas jurídicas (corporaciones). El beneficio se concederá en la medida que cooperen en la investigación del caso en el cual están involucradas. En virtud de su efectiva cooperación se les puede dispensar la sanción administrativa que hubiese tenido lugar. El programa se complementa con el Artículo 35-C, que prescribe que el adecuado cumplimiento del acuerdo suscrito que concedió beneficios de indulgencia, protegerá también a las partes que cooperaron, contra un eventual proceso criminal.

Como una instancia adicional, se contempla la verificación que hace el CADE con relación a si él beneficiario cumplió con los requisitos y condiciones que exige la figura para su aplicación. Igualmente se miran los acuerdos suscritos en términos de proporcionalidad. Finalmente el CADE conducirá a ratificar o no la inmunidad plena o parcial concedida por el SDE.⁹⁷

El programa de indulgencia en Brasil ha sido atractivo, progresivamente las solicitudes de acogerse a la figura han aumentado. El primer caso que terminó con un Acuerdo de Clemencia (Leniency) en Brasil fue en el 2003, tres años más tarde de haber entrado en vigor el programa⁹⁸. Hasta el momento los balances en general han sido muy positivos y el consejo CADE ha sido juicioso en la aplicación y evaluación de las pruebas traídas por los colaboradores, entre algunas de ellas están grabaciones telefónicas, documentos y testigos.

⁹⁷SECRETARIAT OF ECONOMIC LAW SDE COMPETITION DIVISION Brazil's Leniency Program. Febrero 2008. Disponible en: <http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B557F1C6C-D5DA-48FB-9FCE-2CE68C6D5330%7D&ServiceInstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%7D>

⁹⁸ Véase *Murilo Otávio Lubambo de Melo LA DECISIÓN DEL CADE EN EL CARTEL DE LAS EMPRESAS DE VIGILANCIA. BOLETIM LATINO-AMERICANO DE CONCORRÊNCIA N° 24 Mayo 2008. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_24.pdf*

En suma, hasta enero de 2008, Brasil tenía diez acuerdos de clemencia firmados e igualmente para esa fecha tenía un par de negociaciones en curso.⁹⁹

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el CADE expidió en septiembre de 2007, la Resolución No 46/2007¹⁰⁰, por medio de la cual se reglamentó el artículo 53 de la Ley 8.884 de 1993. La resolución precisó las reglas de negociación que deben ser tenidas en cuenta por el CADE al estudiar una solicitud de clemencia y además, dió claridad para prever anticipadamente que le espera a un agente que decida aplicar al programa.

Sin duda alguna, todo el desarrollo normativo de Brasil con relación a su programa de clemencia se debe a una buena canalización de su experiencia. Así, las reformas y modificaciones son sinónimo de notable mejoría en la figura. Puede afirmarse que en Brasil el objetivo de la clemencia es que con la cooperación de los agentes investigados se contribuirá a ahorrar recursos públicos, las investigaciones se reducirán y lo más importante, se proporcionará más certeza y transparencia a los agentes que aspiran a los beneficios. En resumen, en los últimos 5 años Brasil ha logrado posicionar muy bien su programa de clemencia y hoy es realmente atractivo para los agentes hacer una solicitud de acogerse al programa.

3.4 Panamá

Una de las modificaciones más representativas hechas a la normativa de competencia panameña, a través de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, (normas sobre protección al

⁹⁹ Véase Defensa de la competencia Secretaría de Derecho Económico (SDE) disponible en: <http://www.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ34431BE8ITEMID3DAD7B1909B2482EB4A0C2456D06789DPTBRIE.htm>

¹⁰⁰ **Resolução Nº 46, de 04 de Setembro de 2007** Resolução Nº 46, de 04 de Setembro de 2007 - Aprova a Emenda Regimental n. 01/2007, que altera os artigos 76, 129 e 130 do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Cade n. 45/07, e regulamenta o artigo 53 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, com a redação dada pelo artigo 16 da Lei nº 11.482, de 31 de maio de 2007, que trata do compromisso de cessação de prática anticompetitivas. Disponible en: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?93a6778293889c66b09dae81>

consumidor y defensa de la competencia.) fue sin duda alguna, la inclusión de un programa de indulgencia.

Entre las principales razones que impulsó a la Autoridad de la Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia a diseñar una política de beneficios a favor de los agentes que decidan colaborar con el proceso de investigación, fue la dificultad probatoria que tenían que enfrentar al demostrar la existencia de un cartel y los elementos constitutivos de la conducta ilegal en la cual incurrían los agentes cartelizados.

Entonces, como una forma de facilitar la actividad de la autoridad de competencia se ampliaron sus facultades por medio del Artículo 86, numeral 15, de la Ley 45 de 2007 que prescribe:

Artículo 86. Funciones de la Autoridad. La Autoridad tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

...

15. Cesar, en cualquier etapa de la investigación que se realice en sede administrativa y aun luego de promovido proceso judicial ante la autoridad competente, la investigación o desistir del proceso judicial, mediante la realización de transacciones, previo cumplimiento de los requisitos legales, siempre que los agentes económicos investigados o demandados acepten medidas en torno a las conductas o a los actos investigados,”

En este orden de ideas, en armonía con lo prescrito en el artículo precedente, se cita el artículo 104 de la Ley 45 de 2007 que habla de las sanciones pero en sus últimos incisos de manera expresa consagra el “programa de clemencia”

Artículo 104. Sanciones. Las infracciones a la presente Ley se sancionarán de la siguiente manera:

1. En el caso de prácticas monopolísticas absolutas, con multa de hasta un millón de balboas (B/.1,000,000.00).

2. *En el caso de prácticas monopolísticas relativas ilícitas, con multa de hasta doscientos cincuenta mil balboas (B/.250,000.00).*
3. *En el caso de prácticas de comercio que atenten contra las disposiciones de protección al consumidor, desde amonestaciones hasta multas de hasta veinticinco mil balboas (B/.25,000.00).*
4. *En los casos de infracciones para las cuales no exista sanción específica, con multa de hasta diez mil balboas (B/.10,000.00).*
5. *En caso de violación, por parte de los proveedores de las normas de protección al consumidor, que afecte o pueda afectar la salud humana, con multas de hasta cincuenta mil balboas (B/.50,000.00), sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan.*

En estos casos, la Autoridad podrá publicar, en los periódicos de circulación nacional, la violación y la sanción impuesta al proveedor. En caso de reincidencia, la Autoridad podrá solicitar al Ministerio de Comercio e Industrias la cancelación de la licencia o el registro comercial respectivo.

Para determinar el monto de la multa que deba imponerse en cada caso, se tomará en cuenta la gravedad de la falta, el tamaño de la empresa, si hay o no reincidencia y demás circunstancias agravantes o atenuantes del acto o hecho.

La Autoridad podrá, en los casos en que la empresa que sea la primera en aportar elementos de prueba que eventualmente lleven a la Autoridad a accionar ante los tribunales por la presunta realización de prácticas monopolísticas absolutas, dispensar o disminuir el pago de cualquier multa o sanción que, de otro modo, hubiera podido imponérsele, siempre que este agente económico no sea el líder del mercado y no sea instigador de la práctica.

Las sanciones por prácticas monopolísticas se impondrán cuando, por sentencia ejecutoriada, se haya establecido la violación de las disposiciones correspondientes.

Todo denunciante tendrá derecho a percibir el veinticinco por ciento (25%) de las multas correspondientes a su denuncia, una vez esta se encuentre debidamente ejecutoriada y cancelada. El reclamo del porcentaje se hará de acuerdo con las reglas que establezca el Ministerio de Economía y Finanzas para tal efecto.

El Ministerio de Comercio e Industrias deberá clausurarle la licencia comercial o industrial a toda persona natural o jurídica que haya sido sancionada dos veces por prácticas monopolísticas.¹⁰¹(negrilla fuera del texto)

El inciso que se encuentra en negrilla, en el cual se contempla los beneficios por colaborar con las autoridades, fue novedoso en la reforma a la ley de competencia panameña. El programa de clemencia panameño básicamente incluye los presupuestos esenciales sobre los cuales se estructura un programa como tal. Así, la posibilidad de beneficiarse se restringe a la empresa que sea la primera en aportar elementos de prueba pertinentes y suficientes que lleven a las autoridades a dismantelar la existencia de un cártel que ha incurrido en una práctica monopolística.

El incentivo para delatar de primero ante las autoridades es la dispensa o disminución del pago de cualquier multa o sanción que hubiese tenido lugar en caso de adelantar una investigación.

Por último, el programa es exigente al contemplar, la necesidad que el agente económico que pretende beneficiarse de la dispensa o reducción de la multa no sea el líder del mercado y no sea instigador de la práctica.

¹⁰¹ *Gaceta No 25914 Gaceta Oficial Digital, miercoles 7 de noviembre de 2007 pag 20*

Como se mencionó la figura es relativamente nueva, tiene apenas un año y tres meses de vigencia aún su eficiencia está por verse. El artículo ha generado mucha expectativa, pues pretende convertirse en un mecanismo idóneo para erradicar los cárteles, promoviendo la traición dentro de las empresas cartelizadas y esto redundará en beneficios para las autoridades, quienes ya no tendrán que desgastarse en largas e infructuosas investigaciones. A *contrario sensu* este artículo se convierte en un reto para la autoridad quien tendrá que proporcionar garantías sufrientes y reglas claras para los agentes interesados en acogerse al programa.

3.5 Perú

La figura es muy nueva, literalmente, apenas se está estrenando el programa de clemencia, en Perú. Su incorporación fue el año pasado con el Decreto Legislativo 1034 de 2008 (Ley de Represión Conductas Anticompetitivas) en el Artículo 25.

La reciente reforma a la ley de competencia peruana diseñó cuidadosamente dos formas alternativas de terminar las investigaciones de los agentes que presuntamente han incurrido en una conducta contraria a las normas de competencia vigentes. Entonces, la ley estableció los siguientes procedimientos especiales:

“(i) el compromiso de cese, en virtud del cual el presunto responsable puede ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados, reconociendo los hechos imputados y planteando las medidas correctivas que permitan verificar dicho cese, caso en el cual el procedimiento se suspenderá; y (ii) solicitud de exoneración de sanción, en virtud del cual el implicado solicita que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal.”

Ambos procedimientos están contenidos y desarrollados en el artículo 25 de la ley en mención. La reforma contiene un capítulo aparte llamado: **“Del Compromiso de Cese y la Solicitud de Exoneración de Sanción.”** Cuyo tener literal es:

Del Compromiso de Cese y la Solicitud de Exoneración de Sanción

Artículo 25.- Del Compromiso de Cese.-

25.1. Dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos o resolución de inicio del procedimiento, el presunto o presuntos responsables podrán ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos.

25.2. La solicitud de compromiso de cese se tramitará en cuaderno aparte, siendo accesorio del expediente principal.

25.3. Para evaluar la solicitud de compromiso de cese, y en ejercicio de una facultad discrecional, la Secretaría Técnica tomará en consideración el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

(a) Que la totalidad o una parte de los agentes económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos de los cargos imputados en la resolución de admisión a trámite. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese;

(b) Que sea verosímil que la conducta anticompetitiva imputada y reconocida por los agentes económicos investigados no haya causado, o no cause, una grave afectación al bienestar de los consumidores. Para ello se podrá tomar en cuenta, de modo indiciario, el tamaño del mercado relevante, la duración de la conducta, el bien o servicio objeto de la conducta, el número de empresas o consumidores afectados, entre otros factores; y,

(c) Que los agentes económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no habrá reincidencia. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores.

25.4. *La Secretaría Técnica evaluará la propuesta y, en caso de estimarla satisfactoria, propondrá a la Comisión la suspensión del procedimiento administrativo principal, sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso. La Comisión decide la aprobación o denegatoria de la propuesta, siendo su pronunciamiento inimpugnabile debido a su naturaleza eminentemente discrecional.*

25.5 *En caso de incumplimiento del compromiso se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte. El referido incumplimiento será tratado como una infracción grave, por lo que la Comisión podrá imponer al denunciado una multa de hasta mil (1 000) Unidades Impositivas Tributarias.*

25.6. *Las declaraciones e información que los investigados aporten en el procedimiento de solicitud de compromiso de cese no podrán ser utilizadas en el expediente principal del procedimiento de investigación y sanción de la conducta anticompetitiva, bajo sanción de nulidad de este último.*

25.7. *La aprobación del compromiso de cese no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso.*

Artículo 26.- Exoneración de sanción.-

26.1. *Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría Técnica podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento.*

26.2. *El compromiso de exoneración de sanción será suscrito por el interesado y la Secretaría Técnica y contendrá la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en*

el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de información declarada reservada por la Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado, lo exonera de sanción respecto de la conducta llevada a cabo, no pudiendo la Comisión, ni ninguna otra autoridad administrativa o jurisdiccional, seguirle o iniciarle procedimiento administrativo o proceso judicial por los mismos hechos.

26.3. Si son varios los agentes económicos que solicitan la exoneración de sanción, sólo el primero que haya aportado pruebas de la existencia de la conducta anticompetitiva y de la identidad de los infractores, será beneficiado con la exoneración. Otros agentes económicos que aporten información relevante podrán ser beneficiados con la reducción de la multa, si dicha información es distinta a la que posee la autoridad de competencia, ya sea por propias investigaciones o por la solicitud de exoneración presentada con anterioridad. La Secretaría Técnica analizará en cada caso la pertinencia de la reducción de la multa.

26.4. La aprobación de exoneración de sanción no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso.”¹⁰²

Los dos artículos citados son importantes, aunque el Artículo 25.- Del Compromiso de Cese se asimile más a la figura de ofrecimiento de garantías contemplada en nuestra legislación, es igual muy importante, porque gracias a este se cuestionó la normatividad anterior en la materia y se consideró importante elaborar el artículo 26, que sí es propiamente una figura de clemencia y que es vista como una herramienta para proteger la libre competencia.

Igualmente, los compromisos de cesar la conducta, no fueron por mucho tiempo realmente efectivos, esta posibilidad hasta la expedición del Derecho Legislativo 1034 de 2008 fue

¹⁰² DECRETO LEGISLATIVO N° 1034 de 2008 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Disponible en: <http://www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/legislacion/clc/D.L.1034.pdf>

muy poco usada y por esa razón se hizo necesaria una modificación para que pudiera funcionar como una alternativa para luchar contra las prácticas que atentan contra la libre competencia.

Suponemos que la autoridad de competencia, Indecopi, desde sus comienzos fue consciente de la dificultad que se observa al probar dentro de los procedimientos administrativos por infracción a la Ley de Competencia. Muchas veces los hechos que constituirían una práctica restrictiva cómo probar, por ejemplo, la existencia de concertación de precios, de una repartición de mercados o de una fijación concertada de la calidad de productos. Era muy complicado de probar porque la organización era casi imperceptible y las pruebas recolectadas eran débiles.

Lo anterior sirvió de aliciente para desarrollar una política de clemencia en el Perú, que a *grosso modo* contempla la posibilidad de que cualquier persona dentro de un procedimiento abierto por infracción a la Ley, pueda solicitar al órgano de instrucción, que es la Secretaría Técnica, que se le exonere de la responsabilidad que le corresponda a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una conducta o práctica anticompetitiva. Como requisito se exige la estimación de que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría Técnica podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para la adecuada aplicación de la figura se le otorga a la Secretaría Técnica una amplia facultad de negociar los términos del ofrecimiento. En este orden de ideas el compromiso de exoneración de responsabilidad será suscrito por el interesado y la Secretaría Técnica y su cumplimiento efectivo exonerará al interesado de toda responsabilidad. Así la Comisión y cualquier otra autoridad renuncia a iniciarle un procedimiento por los mismos hechos.

El artículo también es claro en distinguir los beneficios en caso de ser un número plural de agentes que desean acogerse a la figura. Por esto, en principio sólo el primero que haya aportado pruebas de la existencia de la conducta anticompetitiva y de la identidad de los infractores, será beneficiado con la exoneración. Mientras que los demás agentes económicos que igualmente aporten información relevante podrán ser beneficiados con la

reducción de la multa, bajo la condición que dicha información sea distinta a la que está en manos de la autoridad de competencia. La Secretaría Técnica analizará en cada caso la pertinencia de la reducción de la multa.

Por último, otro aspecto que vale la pena mencionar del artículo que consagra el programa de Clemencia es la salvedad que se hace en cuanto, que así haya sido aprobada la exoneración de sanción, no se eliminará ni limitará la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso.

En suma, se observa que la norma es garantista y posee los elementos necesarios para ser una norma más efectiva que pueda cumplir las finalidades de los programas de clemencia. La norma sin duda, ha generado muchas expectativas, su aplicación está por verse.

3.6 Chile

Con base en los resultados positivos y varios comentarios que hablan sobre la eficacia de la delación compensada, en materia de libre competencia. En Chile se presentó en el 2006 un proyecto de ley tendiente a reformar la ley de competencia chilena.¹⁰³

Finalmente, el pasado 15 de abril después de más de dos años de trámite, el Congreso Nacional chileno aprobó una de las reformas más importantes al sistema de defensa de la libre competencia de ese país. Se destaca la creación de una serie de herramientas nuevas para combatir a los cárteles, “que permitirán a la Fiscalía Nacional Económica perseguir de manera más efectiva este tipo de conductas tan nocivas para los consumidores, competidores y la economía en general.” Siguiendo el estudio de este trabajo se resalta el novedoso punto de la reforma que introdujo un sistema de delación compensada. En los debates siempre se argumentó la probada eficacia en otros países de esta figura, que busca crear incentivos efectivos para que un miembro del cartel quiebre el acuerdo colusorio, a

¹⁰³ INFORME DE LA COMISIÓN DE ECONOMÍA recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de Economía, de 2005, referido al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

BOLETÍN N° 4.234-03. Disponible en: http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?4234-03

cambio de inmunidad o reducción en la multa que posiblemente recibiría.¹⁰⁴ La disposición específica del proyecto en virtud de la cual se introduce la “delación compensada,” prevé un ampliación de competencia de la autoridad, en cuanto crea la posibilidad para que en casos excepcionales, la fiscalía Nacional Económica, podrá eximir completamente de la multa al agente que ha presentado pruebas significativas para el descubrimiento de prácticas anticompetitivas que venían causando daño a la estructura de mercado. “El beneficio que se establece no anula, por consiguiente, en la generalidad de los casos, la ilicitud de la conducta de quien revela información importante para la investigación, pero sí representa en todos los casos un estímulo para que el ilícito pueda ser descubierto y evite que se siga cometiendo o, en ciertas situaciones, puede incluso llegar a desarticular su perpetración cuando aun no produce efectos.”

Se ha entendido que la delación es un mecanismo para luchar contra los cárteles y las prácticas anticompetitivas en que incurren de manera ex ante y ex post, porque representará un riesgo de ser descubierto por haber sido delatado en cualquier momento.

La figura está contenida en el artículo Artículo 39 bis del proyecto de ley, el cual prescribe:

“Artículo 39 bis.- El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° podrá acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

Para acceder a uno de estos beneficios, el ejecutor de la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos:

1.- Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal;

¹⁰⁴ Fiscalía Nacional Económica, Gobierno de Chile. Noticias.

<http://www.fne.cl/?content=home&db=actualidad&view=cc7e49b341d8a52584257340005a2a8e>

2.- *Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, y*

3.- *Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.*

Para acceder a la exención de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, el ejecutor de la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada.

Para acceder a una reducción de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso segundo, el ejecutor de la conducta deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo. En todo caso, la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento, no podrá ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no pueden acogerse a los beneficios de este artículo.

En su requerimiento el Fiscal individualizará a cada ejecutor de la conducta que cumplió los requisitos para acceder al beneficio de exención o reducción de la multa. Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar multa a quien haya sido individualizado como acreedor de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción de la misma. salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella.

Quien alegue la existencia de la conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, fundado a sabiendas en antecedentes falsos o fraudulentos con el propósito de perjudicar a otros agentes económicos acogéndose a los beneficios de este artículo, será sancionado conforme a lo establecido en el artículo 210 del Código Penal.”¹⁰⁵

Los países de la región coincidieron en la necesidad de establecer la figura de la delación compensada como un estímulo para que las personas involucradas en investigaciones entreguen información relevante sobre los casos a cambio de beneficios como la reducción de las sanciones. La reciente aprobación en Chile ha creado en torno a la aplicación del programa mucha expectativa. Todavía falta para que entre en vigencia, primero le espera el control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional y el trámite de promulgación por la Presidenta de la República. Se espera que *con la 'delación compensada', Chile tendrá una herramienta efectiva para detectar las conductas contrarias a la libre y leal competencia en el país.*

Cerrando este capítulo, puede observarse que la gran parte de los países latinoamericanos son coincidentes en la necesidad de establecer la figura de la delación compensada, pues ésta es vista como un instrumento muy valioso con que puede dotarse a la autoridad de competencia, ya que es un estímulo para que las personas involucradas en investigaciones entreguen información relevante y se vean beneficios de la exoneración de la sanción con interesantes reducciones en las multas. En este mismo sentido facilita la tarea de la autoridad en la investigación.

Uno de los fundamentos de los programas de delación es la protección a los distintos agentes que participan en la actividad económica y dar las garantías necesarias para participar en el mercado. En suma puede observarse que los programas de Estados Unidos y la Unión Europea han influenciado de manera evidente el diseño de las políticas de competencia en la región. Pero la evaluación y un juicioso alcance de los resultados está

¹⁰⁵ La Ley 19.610 de 2009. Disponible en: http://www.fne.cl/descargas/home/reforma_dl211.pdf

por verse, aún los países son inexpertos y están en procesos de perfeccionar la figura, mientras que otros apenas la están incluyendo en sus normativas como ocurre en Chile e igual situación se presenta en Colombia.

4. El contenido de un programa de clemencia para Colombia: Reflexiones sobre algunos aspectos que debe tener.

Tras la presentación de los “programas de clemencia” o “programas de inmunidad” y haber ilustrado su aplicación, es el momento de volver a lo local e intentar esbozar algunas características que deben tenerse en cuenta para la adecuada implementación de un programa de clemencia en Colombia. Se precisa que debe descartarse los trasplantes y adopción ciegas sin un análisis suficiente sobre su conveniencia en el contexto social

Colombiano. La clave estará en ser consciente de las particularidades que tiene nuestro ordenamiento.

Colombia hasta el momento no tiene un programa de clemencia en su normativa de competencia. No obstante, actualmente cursa en el Congreso de la República Proyecto de Ley 333 de 2008 por su número en la Cámara de Representantes y 195 de 2007 en el Senado ¹⁰⁶ en el que precisamente, se pretende incluir en el artículo 10 la institución en mención, aunque se denomina en el texto del proyecto como: “programa de beneficios por colaboración con la autoridad”¹⁰⁷. Por otro lado, también es necesario señalar que en Colombia existe hoy el ofrecimiento de garantías como medio anticipado de terminar una investigación,¹⁰⁸ donde la autoridad de competencia SIC se abstiene de proferir una decisión

¹⁰⁶ El Proyecto de Ley No. 195 de 2007 está por terminar el estudio en la Plenaria del Senado de la República.

¹⁰⁷ Proyecto de Ley No. 195 de 2007, “Por medio del cual se dictan normas en materia de integración y prácticas restrictivas de la competencia”: “Artículo 10º. *Beneficios por colaboración con la autoridad. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los participantes, aún cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente investigación. Lo anterior, de conformidad con las siguientes reglas:*

1. *Cuando la información provenga de uno de los participantes en la práctica prohibida, los beneficios para éste incluirán la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta por tal participación, siempre y cuando no se trate del instigador o promotor de la conducta.*

2. *La autoridad de competencia establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, teniendo en cuenta los siguientes factores: a) La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así como la identidad de los responsables, su grado de su participación y el beneficio obtenido con la conducta ilegal. b) La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración.”*

¹⁰⁸ el Decreto 2153 de 1992, artículo 4 n° 12 “ARTICULO 4o. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio.- Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones: 12. Decidir sobre la terminación de investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones a que se refiere el numeral 10 del presente artículo, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga;

y artículo 52 inc°4 “ARTICULO 52. Procedimiento.- Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por

de fondo sobre las conductas investigadas. Pero no sería correcto asimilar dicha figura a los “programas de clemencia,” ya que, cada uno tiene rasgos propios bien diferenciados.¹⁰⁹

En el diseño de un programa de clemencia deben tenerse muy presente los objetivos que la figura busca: i) Desestabilización de cárteles existentes. (ii) Disuasión de formación de nuevos cárteles. (iii) Reducción de costos del proceso persecutorio.¹¹⁰ En principio, la idea será incitar a las empresas a que acudan a la autoridad a denunciar las prácticas concertadas en las que intervinieron, con la conciencia y voluntad de entregar al órgano pruebas internas decisivas. A cambio de esa cooperación, las empresas obtendrán una reducción de las multas que les apliquen al resto de los partícipes, e incluso tienen la posibilidad de una amnistía total.¹¹¹

A partir de las precisiones anteriores, se presentan factores importantes alrededor de los cuales debe girar la reflexión sobre qué debe incluir un programa de clemencia para Colombia. Actualmente, la discusión cobra relevancia con ocasión del Proyecto de Ley mencionado.

solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes.

Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga;

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo. (subrayado mío)

¹⁰⁹ Juan David Gutiérrez R. *Amicus curiae – Intervención en la Demanda de inconstitucionalidad contra el D 2153 de 1992* (2008) p. 14 y Mauricio Velandia Castro, *Demanda de Inconstitucionalidad contra el Decreto 2153 de 1992, artículo 4 n° 12 y artículo 52 n° 4*” (2008)

¹¹⁰ Aldo González. *La Delación Compensada o Amnistía en la Lucha Anti-Cárteles*. Chile (Enero, 2007) disponible en: <http://econ.uchile.cl/public/Archivos/pub/8ca92c23-e188-4d46-9845-306999ffc174.pdf>

¹¹¹ En general, existe cierta coincidencia en los requisitos que deben cumplirse para aspirar beneficiarse la figura.

4.1 No Sanción criminal

Como se vio en EE.UU. coexiste la responsabilidad criminal con la administrativa. En Colombia, una infracción al régimen de competencia sólo implica sanciones de naturaleza administrativa, lo mismo ocurre en la Unión Europea. La experiencia americana ha demostrado que la naturaleza penal de una sanción, es conveniente en cuanto refuerza el efecto disuasivo en la formación de los cárteles, pues lleva a considerar algo tan sensible como es la libertad de las personas.

Corolario de lo anterior, se plantea el interrogante sobre la conveniencia de contemplar una sanción criminal para los agentes cartelizados en Colombia, esta cuestión no es nueva. Me inclino por seguir manteniendo únicamente el carácter administrativo de las multas y no incluir una sanción criminal, al menos no en un corto plazo. Esto desnaturalizaría el proceso existente hasta hoy; adicionalmente considero que Colombia no está preparada para adoptar una política de esta dimensión. Pero, estimo que no es absoluta la respuesta a la cuestión y que esta posibilidad deberá decidirse en el estudio detallado de la estructuración del programa de clemencia.

4.2. Claridad, certeza y transparencia

La claridad, la certeza y la transparencia pueden identificarse como las características generales imprescindibles en el diseño de la institución de los programas de clemencia.¹¹² En cuanto a la claridad, esta es indispensable para que pueda ser atractivo el programa y las empresas entiendan los beneficios de acogerse a la figura. Se conecta con la certeza, en cuanto las partes deben tener la posibilidad de previamente autoevaluar si clasifican o si gozan de una expectativa razonable de reducir sus multas. Además, por esta vía entra el análisis económico de la racionalidad de las empresas, con base en reglas claras, estables y ciertas se podrán calcular los beneficios esperados. Así, pueden las partes hacer un

¹¹² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels- Resumen Utilizar la clemencia para luchar contra los cárteles” (2002) P.3 disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/11/33/1935135.pdf>

confiable análisis costo-beneficio y el resultado de este, moverá a las empresas a delatar cuanto antes el cártel y romper la ley del silencio.

Estas dos características cobran cada vez más protagonismo, así lo demuestran las recientes modificaciones del régimen Europeo, tendientes a eliminar la incertidumbre de los agentes que aspiraban a solicitar clemencia. En el caso de la Unión Europea la certeza del programa se manifestaba en los estándares que permiten saber la calidad de la información. Antes, el problema estaba en que resultaba exageradamente difícil determinar si la evidencia cumplía los requisitos para hacerse acreedores de inmunidad.

La última característica, y no por esto menos importante que las anteriores, es la transparencia, la cual va de la mano con la certeza y la claridad. En particular, la transparencia implica que quienes deseen acogerse al programa pueden anticipar con certeza cuál será el resultado de su solicitud. Por ejemplo, en EE. UU. ésta característica se aprecia en la posibilidad de inmunidad automática que se concede en el caso en que ninguna investigación haya comenzado. La transparencia es transcendental en cuanto fomenta la cultura de confesar, en el sentido que las empresas pueden saber cuáles son los beneficios de esa confesión, claro está que estos deben sobresalir sobre la imposición de la multa. Por otro lado, la transparencia también se manifiesta en el trato igualitario y justo que deben dar las autoridades a las empresas que se encuentren en circunstancias idénticas.

Una vez explicadas las características fundamentales, en mi concepto éstas deben ser el punto de partida para la discusión de cuál es el programa de clemencia más conveniente para Colombia. Su presencia, no ameritan mayor debate en cuanto la mayoría de los doctrinantes y autoridades son coincidentes en estos criterios bases. En mi opinión, a juzgar por la experiencia estadounidense, estimo que el programa puede ser complementado con un cierto grado de discrecionalidad que podría dársele a la autoridad encargada de aplicarlo, es decir, entre nosotros a la SIC¹¹³. Es claro que la rigidez y los criterios inamovibles con base en los cuales la autoridad deberá decidir atentarían contra la eficacia del programa, pues tienden a reducir sustancialmente las aplicaciones para acogerse al programa, debido

¹¹³ Superintendencia de Industria y Comercio

al no cumplimiento de requisitos no tan esenciales, será necesario otorgar cierto margen de discrecionalidad a la SIC

En último lugar, hago especial énfasis que las tres características anteriores se traducen en seguridad jurídica y deben propender por motivar a los miembros de un cártel a tomar la decisión más racional, después de analizar las ventajas y desventajas que le ofrece la figura. El éxito del programa está en que sea más ventajoso para el agente económico denunciar la conducta que permanecer en ella.

4.3 Distinción del Momento en que se decide cooperar con las autoridades

Esta diferenciación se convierte en un punto decisivo. No surge mucha duda cuando se acude a la autoridad sin que esta tenga idea sobre la existencia del cártel y no curse investigación alguna, porque en esencia los programas de clemencia otorgan bajo esta circunstancia beneficios indiscutibles. Así, lo ratifica expresamente tanto el programa de EE.UU. como el de la UE. El beneficio de gozar de la condonación total o parcial es de la naturaleza de la institución, así considero conveniente elaborar unos parámetros claros para aspirar al perdón, distinguiendo del momento, como ocurre en EE.UU.

En principio, creo que pueden tomarse como referencia requisitos expuestos en la normativa de EE. UU. y en la UE, que a grandes rasgos establecen que otorgarán inmunidad a quien: (i) Confiese la existencia de una actividad ilegal, (ii) mediante la entrega de pruebas concluyentes y decisivas, (iii) antes de que la autoridad de la competencia haya iniciado una investigación o tenga información sobre la existencia del cártel, (iv) bajo la condición de que la empresa solicitante suspenda su participación en el cártel, (v) la empresa colabore con la autoridad durante el desarrollo del proceso iniciado contra los otros miembros del cártel, y (vi) no haya sido la empresa instigadora de la práctica anticompetitiva.¹¹⁴

¹¹⁴ Hans -Wilhelm Krüger, *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis*, p. 3-6. Master Thesis Erasmus Programme in Law and Economics, (2001) disponible en: <http://rile.brinkster.net/Thesis/Krueger.pdf>

Extender el beneficio a los miembros que deciden confesar después de que la investigación ha comenzado, es una posibilidad muy interesante que debe tenerse en cuenta. Como se mencionó, una modificación en este sentido fue incorporada al sistema Europeo con la comunicación del 2002. La posibilidad de conceder la inmunidad, aún después de tener una investigación en curso, fue un rasgo extraño a los primeros programas de indulgencia.¹¹⁵ Sin duda, en este punto debe hacerse una exigencia mayor al que la solicita, no sólo en cuanto se le condicione a cesar la actividad ilegal, y a cooperar continuamente durante toda la investigación; sino que también la información y pruebas que suministre deben ser suficientes, es decir, sustancialmente significativas para poder condenar la conducta. Así mismo, como es apenas obvio, el tratamiento para la empresa que acude antes de empezarla será más favorable y beneficioso, que para la empresa que decidió hacer una solicitud tardía, durante la investigación.

Contemplar esta posibilidad daría más cobertura al programa de clemencia y las empresas tendrían más posibilidades de cooperar en el descubrimiento de los cárteles. Acá, también entraría a jugar un papel importante la posibilidad de otorgar un grado de discreción a la autoridad, quien debería poderse mover dentro de un margen preestablecido, para realizar la graduación de las multas, como ocurre en EE.UU, donde por el criterio de justicia o injusticia de la conducta, se puede decidir caso por caso.

4.4 Multas severas¹¹⁶

Las multas son un factor transcendental en el diseño de un programa de clemencia. Teniendo en cuenta el contexto colombiano con relación a las sanciones por violación de

¹¹⁵ véase Nicolo Zingales, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101803> P. 39

¹¹⁶ Esta recomendación ha sido reiterada en el ámbito internacional: “Establishing penalties at a level where they will act as a deterrent. The suggestion is that they be linked to the value of offenders’ annual turnover, for example. Fines ought to exceed the amount gained by the unlawful activity. In other words, the fines must be so high that perpetrators ‘feel it’ in their pockets. This would import the need for administrative fines; or the need to remove the restrictions set out in Section 47.” David Miller, *Fighting hard core cartels*, Jamaica’s Country Contribution to the Third Meeting of the Latin American Competition Forum - Madrid, 19-20 July 2005, p. 2)

normas de la competencia, este contempla multas irrisorias y los intentos por agravarlas han sido en vano.

La cuestión se plantea de la siguiente manera: sanciones débiles y con poca regularidad no producen una carga grande para influenciar la conducta de los agentes, pues en primer lugar estos no temen violar la ley, porque los beneficios recibidos serán mucho mayores que el monto de la sanción imponible. Así, la empresa infractora podrá igual gozar de un excedente y esa multa podría tomarla simplemente como un costo en el desarrollo de su actividad. Analizando lo anterior en el marco de un programa de clemencia, las multas bajas inciden directamente, ya que las empresas no se ven tentadas, ni atraídas por las rebajas de multas a que podrían aspirar en un programa de clemencia.¹¹⁷

EE.UU. puede dar testimonio de las ventajas de las sanciones fuertes, al contar con la regla de triplicar los daños a la hora de indemnizarse los perjuicios. En línea parecida están la mayoría de organismos internacionales como OCDE y UNCTAD,¹¹⁸ quienes abogan por el incremento de las multas. Justamente unas multas significativas jugarían con la racionalidad de los agentes cartelizados, pues se constituiría en alicientes para desertar del cártel y delatarlo, lo que ocurre entonces, es que se ven motivados a cooperar a fin de evitar castigos severos.¹¹⁹

En suma, considero que las multas son un factor relevante, al incidir en el cumplimiento de la ley y en la eficacia de los programas de clemencia. Las multas juegan un papel significativo al producir efectos en las decisiones adoptadas por las empresas en cuanto a

¹¹⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels- Resumen Utilizar la clemencia para luchar contra los cárteles” (2002) P.3 disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/11/33/1935135.pdf>

¹¹⁸ Para la UNCTAD es necesario que las leyes de defensa de la competencia prevean multas suficientemente cuantiosas e incluso otro tipo de sanciones, pero sobretodo que las apliquen. Véase: UNCTAD, 5a.conferencia Anatolia-Turquía “Síntesis de las investigaciones de cárteles recientes que se han hecho públicas” Noviembre 2005. Citado por: Camilo Martínez Blanco. Nuevo régimen sancionatorio para empresas e integrantes Noviembre 2007

¹¹⁹ **“La severidad de las sanciones pecuniarias debe ser tal que eliminen las ganancias de un cártel. La multa óptima a esos efectos es un múltiplo de las ganancias reales, puesto que no todos los cárteles son descubiertos y enjuiciados, factor que los medios empresariales tienen cuenta para decidir o no integrar un cártel. Todo hace pensar que la multa óptima que podría imponerse a una empresa es el triple de las ganancias reales obtenidas gracias al cártel al que ha pertenecido”** UNCTAD, 5a.conferencia Anatolia-Turquía “Síntesis de las investigaciones de cárteles recientes que se han hecho públicas” Noviembre 2005. Citado por: Camilo Martínez Blanco NUEVO RÉGIMEN SANCIONATORIO PARA EMPRESAS E INTEGRANTES Noviembre 2007

confesar o no la conducta perseguida. En este orden de ideas, unas multas fuertes, claras y bien estructuradas ¹²⁰ contribuirán a la lucha contra los cárteles, disuadiendo su formación y estimulando a las empresas a acudir a las autoridades a delatar.

4.5 Protección a las empresas y confidencialidad de la información suministrada

La aportación de información secreta, sobre la cual recae reserva, ha sido reconocida como una característica de los elementos entregados por la empresa que solicita clemencia. En varias oportunidades puede observarse como los delatores al confesar pueden aportar revelaciones no autorizadas que muy seguramente los van a perjudicar.

Por lo tanto, es fundamental que un programa de clemencia estructure una política seria que garantice no sólo el carácter confidencial de la información recibida, sino que además ofrezca cierto grado de seguridad para la empresa que decidió confesar, en caso de ser víctimas de amenazas y represalias.

Asimismo, la exigencia de confidencialidad es necesaria para evitar el peligro que surge para los delatores de que la información revelada sea usada en su contra para demandarlos en otras jurisdicciones, como ocurriría en EEUU. En nuestro país, podría presentarse el caso cuando los consumidores, a raíz de las pruebas obtenidas en el proceso de clemencia se ven tentados a exigir algún tipo de indemnización.

Por lo anterior, debe dársele el máximo cuidado a la información recogida y por ende el carácter de confidencial no debe ser discutible. Hacia este objetivo han dirigido sus esfuerzos los países que han intentado implantar un programa de clemencia. Por ejemplo, la Unión Europea entiende que la información sólo puede ser utilizada para cumplir con el

¹²⁰ Véase Alfonso Mirando Londoño. Presentación Segundas Jornadas internacionales de derecho económico. 2008 “Criterios para imponer las multas: 1.El impacto que la conducta tenga sobre el mercado; 2.La dimensión del mercado afectado;3.El beneficio obtenido por el infractor con la conducta;4.El grado de participación del implicado;5.La conducta procesal de los investigados6.La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.7. El Patrimonio del infractor. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/MEMORIASSegundasJornadasInternacionalesdeDerechoEconomicoLanuevaleydecompetenciaenColom.htm

objetivo para el cual fue recogida. De igual manera se debe garantizar un nivel de protección al derecho de defensa de personas.¹²¹ Para terminar, debe precisarse que con un correcto encausamiento de la información, la cooperación de las empresas puede mejorar y volverse más fluida en la medida que se vean protegidas.

Los programas de delación son efectivos para luchar contra las prácticas colusorias y la existencia de cárteles que atentan contra la libre competencia; se justifica su incorporación en el ordenamiento jurídico colombiano. Deben tenerse en cuenta la experiencia de otros países y establecer ciertos límites para mejorar su aplicación.

5. Algunas críticas a los programas de clemencia

En los capítulos anteriores se explicó la estructura y lógica de los programas de delación. Evidenciando la adopción de la figura, para proteger la competencia, en diferentes ordenamientos jurídicos. Identificando una amplia tradición en Estados Unidos y Europa en donde en general se reconocen más bondades que reproches. Se ha demostrado que pueden ser una herramienta idónea para luchar contra los cárteles.

No obstante, el acercamiento a la figura no debe ser tan plano. El estudio debe incluir tanto de largo como de ancho. Es así, como se acepta que el mecanismo de delación ha sido

¹²¹ Véase la Regulación 1/2003, artículo 28. Citado por: Nicolo Zingales, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101803> P. P. 60

objeto de algunas críticas.¹²² A continuación se exponen ideas generales de algunos de los cuestionamientos que se le han hecho. Debe precisarse que las principales críticas vienen en su mayoría de la doctrina norteamericana, esto no es extraño, ya que gracias a su experiencia de más de diez años tiene elementos para elaborar un análisis profundo, sustentado y objetivo que enriquezcan el debate.¹²³

Recuérdese que dentro del marco de los programas de clemencia, un agente acude a la autoridad a delatar a los demás participantes miembros del cartel. Entonces, suscribe un acuerdo en el cual se compromete a ofrecer una cooperación plena y continua en la investigación adelantada por la autoridad de competencia. Con base en la información y los elementos suministrados es que se configura el beneficio de la delación, es decir, la reducción de la multa que le hubiera correspondido o su perdón total.

Bajo el esquema descrito, pueden observarse dos clases de cuestionamientos: el primero relacionado con la concepción estructural de los programas de clemencia y el segundo

¹²² Como se anotó desde el primer capítulo, Los mecanismos de delación no son recientes, si no que por el contrario tienen una amplia tradición. Sus resultados no siempre han sido positivos. Por ejemplo remontándonos a la edad media, particularmente a la época de la Inquisición cuando fue utilizada como forma de descubrir los herejes, personas que estaban en contra de las posturas religiosas de la época y disentían de las mismas.

“En el Derecho inglés, la justicia se servía de los "testigos de la Corona" (*crown witnesses*), que, movidos a veces por la codicia, incurrieron en falso testimonio. En Estados Unidos el "*snitch system*" (sistema de "chivatos") provocó también algunas condenas injustas.

“Incluso en la ilustrada Florencia del siglo XV, se instalaron en las iglesias cajas (*tamburi*) donde los ciudadanos podían denunciar de forma anónima actos de sodomía u otras infracciones (en 1476 Leonardo da Vinci tuvo que defenderse de lo primero; y en 1509 Maquiavelo fue acusado de ocupar un cargo público a pesar de que su padre tuviera pendientes deudas con el Fisco).” Véase Manuel Conthe: 25 *Los límites de la clemencia*. disponible en: <http://blogs.expansion.com/blogs/web/conthe.html?opcion=1&codPost=45033&categoria=47>

¹²³ Pueden encontrarse artículos de varios autores, pero en mi criterio considero que el artículo de **John M. Connor titulado** “A Critique of Partial Leniency for Cartels by the U.S. Department of Justice” y el de **Jeroen Hinloopen y Adriaan Soetevent** “From Overt to Tacit Collusion” logran reunir la mayoría de comentarios. además ilustraron de manera clara con cifras y muestran estadísticas que dan fuerza a sus argumentos. Esto facilita su entendimiento. lo anterior para señalar que me referiré principalmente a estos dos autores, que serán de obligatoria consulta para quien desee profundizar en el tema.

tiene en cuenta aspectos directamente relacionados con la aplicación del mecanismo. Las dos clases contienen subtemas que los desarrollan.

En cuanto, a la primera clase de críticas, que denominaré las estructurales, se ha logrado demostrar que la incorporación de programas de clemencia, produce un efecto muy particular sobre los miembros de los cárteles que en principio acordaron abiertamente coludirse. Debido a las características y beneficios de la figura bajo estudio, se cambia la organización del cártel, porque sus miembros prefieren operar con un bajo perfil, pasar a la clandestinidad, para así evitar crear pruebas y evidencias de las conductas sobre las cuales recayeron sus acuerdos ilegales y anticompetitivos. Lo que se demostró, según el estudio y los experimentos hechos por Hinloopen y Soetevent en su artículo llamado “From Overt to Tacit Collusion” se da una transformación, en cuanto los agentes dejan de coludirse abiertamente y pasan a coludirse tácitamente.¹²⁴ En suma, la autoridad de competencia podría estar perdiendo el control sobre los acuerdos anticompetitivos y la formación de los cárteles pues la colusión tácita se aumentaría, no sería extraño el fenómeno si se pone de presente que muchos de los mercados son de estructura oligopolica propiciando la formación de cárteles y de manifestaciones de poder de mercado.

La segunda crítica dentro de este primer gran grupo, mira directamente los beneficios que se conceden. Porque con base en la investigación empírica de los autores Hinloopen y Soetevent al abordar el tema de la colusión tácita, terminaron concluyendo que programas de clemencia que ofrecen reducciones de las multas demasiado generosas, pueden propiciar una cultura completamente incoherente al objetivo de la delación. Los agentes cártelizados abusarían de la figura y se aprovecharían descaradamente de la misma¹²⁵. La

¹²⁴ Para profundizar este argumento y mirar la evidencia empírica véase: Jeroen Hinloopen y Adriaan R. Soetevent, *from overt to tacit collusion: experimental evidence on the adverse effects of corporate leniency programs*. 2008), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1146347>

¹²⁵ En su artículo Hinloopen y Soetevent, mencionan que un programa de clemencia será explotado y los cárteles se aprovechan de él cuando se cumplen las siguientes condiciones simultáneamente: “(i) colusión abierta y la solicitud para la indulgencia son un subjuego que perfeccionan el equilibrio Nash, y (ii) colusión abierta y la no solicitud para con la indulgencia no es un subjuego que perfeccionan el equilibrio Nash.” Jeroen Hinloopen y Adriaan R. Soetevent,

dinámica sería la siguiente, en el escenario de un acuerdo explícito que da origen a un cártel, los agentes pueden prever dentro de su estrategia de juego confesar en un momento dado. Esto podría volverse cíclico en cuanto los agentes coluden y después confiesan varias veces. La reducción de la multa que se concede por la puerta del programa de clemencia es vista por los miembros del cártel como un precio, un costo más del negocio. (más adelante también se desarrolla esta afirmación cuando se habla de la capacidad de pagar y creo que la situación explicada da más fuerza a la necesidad de considerar la reincidencia a la hora de otorgar beneficios.)

Ahora, con relación a los elementos que están directamente relacionados con la aplicación del mecanismo de delación, los cuales he ubicado dentro del segundo gran grupo de cuestionamientos: La crítica más fuerte al programa tiene que ver con las condiciones y la carencia de reglas claras para calcular los porcentajes de la reducción de las multas. Puesto que, muchas veces las reflexiones no pueden ser objetivas. En EU las rebajas estandarizadas en las “U.S. Sentencing Guidelines” (Guías de condenas expedidas por el Departamento de Justicia, de ahora en adelante se identificara con sus siglas en ingles DOJ

Precisamente, la crítica directa va encaminada a cuestionar la carencia de criterios claros que permitan estudiar a la autoridad de competencia cada caso y los beneficios que se deriven para los aspirantes que deseen acogerse al programa de clemencia. Porque de acuerdo a las particularidades de los agentes deberá hacerse la graduación de la multa o la determinación de la reducción del porcentaje que le corresponde a cada uno de los solicitantes. En suma, actualmente no existen elementos que pueda usar la autoridad de competencia.

from overt to tacit collusion: experimental evidence on the adverse effects of corporate leniency programs. 2008), Pag 25 disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1146347>

Para ilustrar la antedicha situación, se observa como La División Antimonopolio del DOJ al aplicar el mecanismo de delación, termina suscribiendo acuerdos con el infractor que en primer lugar acude a delatar a los demás agentes o con el segundo o tercero, según sea su orden de llegada a solicitar clemencia; sin que pueda observarse una práctica ordenada que tenga en cuenta elementos que deben ser imprescindibles a la hora de estudiar los casos, donde se pretenden conceder beneficios de la delación.¹²⁶

En síntesis, en mi criterio las consideraciones que DEBERIAN tenerse en cuenta y que actualmente no existen son: i) las calidades y características del agente cartelizado; ii) Determinar si es reincidente; iii) Tratar de establecer gravedad del daño que causó; iv) El tiempo y la duración de la conducta anticompetitiva; v) Determinar si afecto el mercado nacional y/o el internacional; vi) La capacidad de pago de los agentes y enfatizar en el razonamiento de la reducción de la multa para los segundos o terceros infractores que decidieron acudir a la autoridad y colaborar.

Podría hacerse una breve referencia para ilustrar los principales aspectos que son objeto de crítica, de esta manera empezamos por mirar algunos de ellos.

- En primer lugar, el problema que se presenta al graduar el beneficio o descuento de que son susceptibles los aspirantes a acogerse al programa, que lleguen en segundo y en tercer lugar.

No puede olvidarse que la eficacia de los programas de indulgencia plenos a su turno depende del equilibrio de la política de indulgencia parcial, de los descuentos subsiguientes. La idea es incentivar y propiciar entre los agentes cartelizados una especie de carrera para lograr ser el primero en acudir a la autoridad y poder ser el acreedor de mayores y más representativos beneficios, muchas veces de una inmunidad

¹²⁶ Véase: Jeroen Hinloopen y Adriaan R. Soetevent, *from overt to tacit collusion: experimental evidence on the adverse effects of corporate leniency programs*. 2008), Pag 25 disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1146347>

plena. De esta manera, en la práctica debe buscarse reducir sustancialmente los beneficios para los segundos que decidan contribuir con las autoridades, es decir, debe dolerles ocupar ese segundo o tercer lugar. Los autores deben lamentarse no haber llegado de primero y adquirir los beneficios principales. En suma la autoridad debe reducir el margen de trato clemente a los segundos y terceros, cosa que muchas veces no ocurre, volviéndose indiferente la oportunidad en que se decide colaborar.

Debe aceptarse que es muy difícil imponer una rebaja uniforme de la multa, el descuento puede variar radicalmente en cada caso, todo dependería de la pertinencia, relevancia de la información y entraría a jugar un papel importante la novedad, ya que los segundos tienen una carga mayor, están obligados a aportar información diferente a la que proporcionó el primero, porque muchas veces este suministra información suficiente.¹²⁷ En este orden de ideas estando identificada la crítica, podría justificarse la necesidad de otorgar discrecionalidad a la autoridad para graduar la reducción de la multa a los autores subsiguientes. Este tema no es pacífico, pues es utópico aspirar a unos cálculos exactos, habrá casos donde los descuentos serán imprevisibles, al evidenciar la falta de criterios claros para calcular la efectiva rebaja. Lo que si no debe dejarse de lado es que siempre debe mirarse cada caso con la óptica de los principios de racionalidad y una lógica común, en especial tener en cuenta a la proporcionalidad.¹²⁸

¹²⁷ En este punto no puede dejar de mencionarse que la presencia de un beneficiario de AMNISTÍA, es un factor que disminuye la calidad de cooperación de todos los demás aspirantes de indulgencia subsecuentes. Por definición, un beneficiario de amnistía es el primero – dentro del cártel que confiesa, y este debe seguir cooperando hasta que el final de la investigación. Véase: John M. Connor. *A Critique of Partial Leniency for Cartels by the U.S. Department of Justice*. Purdue University West Lafayette, Indiana 2008) disponible en: <http://ssrn.com/abstract=977772>

¹²⁸ Algunos criterios que recomienda tener en cuenta el profesor Connor son “· Retraso en acudir a la autoridad y cooperar aceptando su culpabilidad (-) posición con que llego a acogerse al programa (-) · Número de firmas en el cártel (-) · Importancia de la información proporcionada (+) · (+) · tiempo que duro el cártel.” John M. Connor. *A Critique of Partial Leniency for Cartels by the U.S. Department of Justice*. Pag 39 Purdue University West Lafayette, Indiana 2008) disponible en: <http://ssrn.com/abstract=977772>

- Otro aspecto importante es la REINCIDENCIA, este debe ser mirado como un factor de agravamiento encaminado directamente a reducir los beneficios del programa de clemencia. Es una consideración apenas natural del sentido común. Por regla general las sanciones deben propender por desincentivar que los autores incurran en las mismas conductas violatorias de la ley; El análisis del pasado y el historial de conductas anticompetitivas de los agentes es necesario. Por ejemplo, en EU se ha hecho un ligero acercamiento a este punto, DOJ muchas veces estudia el pasado de los solicitantes de clemencia, pero lo circunscribe a los diez años anteriores. Atender a si se repite o no una infracción debe ser determinante, porque este debe ser un criterio para establecer la graduación y la rebaja de la multa que le habría correspondido.
- La DURACIÓN, entendida como el tiempo de permanencia del acuerdo colusivo que propició que los agentes incurrieran en un practica restrictiva de la competencia, alterando el normal funcionamiento del mercado. Este aspecto debería ser tenido en cuenta a la hora de otorgar los beneficios del programa de clemencia; a mayor tiempo de existencia y continuidad del cártel, la reducción de la multa debería ser menor.¹²⁹
- Un criterio subjetivo que omiten las autoridades al determinar la aplicación de los programas de clemencia está dado por la CAPACIDAD DE PAGO. Es una variable

¹²⁹ Bajo el método USSG, sosteniendo la culpabilidad constante, las multas van a positivamente correlacionado con la DURACIÓN; conforme al estatuto alternativo multas, sosteniendo la sobrecarga de porcentaje constante, las multas también positivamente serán correlacionadas con la DURACIÓN. Véase: John M. Connor. *A Critique of Partial Leniency for Cartels by the U.S. Department of Justice*. Purdue University West Lafayette, Indiana 2008) disponible en: <http://ssrn.com/abstract=977772>

un poco compleja, porque puede ser vista desde dos perspectivas. En primer lugar debe mirarse la capacidad de pago buscando no imponer sanciones excesivas, esto sería en caso de estar prescritas sanciones muy altas en la legislación de competencia y se apliquen irrisorias reducciones a las multas. De alguna manera, eso lleva a perjudicar al solicitante de clemencia, ya que, el pago de la multa podría reducir sus activos considerablemente, dejándolo casi que en la ruina e imposibilitado para continuar desarrollando su actividad. Palabras más palabras menos, la existencia de ese agente (empresa) podría ser inviable.

En segundo lugar, la capacidad de pago es importante a la hora de calcular la el monto de la multa. Ya que al imponerse una sanción esta deberá, en la medida de lo posible, representar un gasto significativo. La clave está en que las multas deben ser lo suficientemente drásticas, que signifiquen un sacrificio su pago. Y no por el contrario que sean vistas como un simple impuesto o un costo normal en que deben incurrir en el desarrollo del negocio.

Por último, se mencionara la PROPORCIONALIDAD entre el daño causado y el descuento de la multa. Esta es una preocupación generalizada, en cuanto no hay ninguna prueba con la que se pueda demostrar que el cártel o el miembro del mismo, que causa el daño más grave es castigado con mayor severidad. Este es un aspecto trascendental, que toca profundamente con el elemento de disuasión implícito en los programas de clemencia.

Lo anterior conduce a considerar que se hace importante poder estimar pecuniariamente las violaciones, e igualmente, dependiendo de la gravedad una determinada violación al régimen de competencia, se podrá hacer una rebaja menor o mayor. En este sentido sí se estaría contribuyendo con el efecto disuasorio y los agentes fundadamente razonarían no volver a incurrir en las mismas conductas.

Para terminar, se puede concluir que las críticas a los programas de clemencia son tendientes a cuestionar el uso incoherente y desordenado de la autoridad de competencia al

otorgar los beneficios derivados de la delación. Lo anterior se sustenta en que puede evidenciarse que: Primero, los miembros de los cárteles que coluden por más tiempo a veces parecen ser favorecidos con descuentos mayores sobre las multas. Segundo, no hay un tratamiento más severo para los reincidentes, ni para los que causaron un daño mayor. Tercero, la confesión de un miembro del cártel al cual se le otorgó la amnistía plena, no es tomada en cuenta en los descuentos y reducciones parciales de las multas que se conceden a los miembros del cártel que acuden en segundo o tercer lugar. Por otro lado, es importante buscar el monto óptimo de la multa, su pago debe doler y contribuir a desincentivar a los agentes a ser parte de un cártel. También debe prestarse especial atención a la existencia de colusión tácita, ya que bajo este esquema los cárteles quieren que sus conducta ilegales pasen desapercibidas y no se tenga pruebas para juzgar su existencia.

En síntesis las anteriores serían las principales críticas, demuestran la omisión de varios elementos importantes al momento de aplicar el mecanismo de delación, impidiendo obtener a la autoridad de competencia el mejor provecho de la figura.

Se señala que los programas de clemencia o delación son particularmente sensibles al contexto de cada caso, cada cártel deberá ser estudiado diferente según sus características debe tenerse en cuenta: las calidades y características del agente cartelizado, determinar si es reincidente, tratar de establecer gravedad del daño que causó, el tiempo y la duración de la conducta anticompetitiva, determinar: si afectó el mercado nacional y/o el internacional, la capacidad de pago de los agentes y enfatizar en el razonamiento de la reducción de la multa para los segundos o terceros infractores que decidieron acudir a la autoridad y colaborar.

Para finalizar, puede observarse como algunos de estos factores son objetivos y mensurables, mientras los otros aparecen ser en gran parte discrecionales.

Al prescindir de los mencionados elementos al estudiar la aplicación un programa de clemencia, podría ponerse en juego significativamente la eficacia de la figura y uno de sus principales objetivos como es la fuerza de disuasión, que motiva a los agentes a acudir en primer lugar a la autoridad.

Conclusiones

Para finalizar el presente trabajo, ya teniendo la comprensión necesaria del concepto y del alcance de los programas de clemencia, empiezo por sostener que no existe un modelo, ni forma absoluta para adoptar uno en nuestro ordenamiento de competencia. Bajo la idea de implementar esta institución en Colombia no es aceptable transcribir indistintamente artículos de varios sistemas jurídicos con experiencia, como por ejemplo, los explicados en este trabajo- EE.UU. y la UE. El cometido de diseñar un adecuado programa de clemencia para Colombia podrá lograrse si:, En primer lugar se tiene la conciencia de la realidad social y la estructura de mercado que actualmente se observa en Colombia; En segundo lugar, es clave incluir los elementos sugeridos y desarrollados en la tercera parte del ensayo, como son: i)No Sanción criminal; ii) la Claridad, certeza y transparencia; iii) Distinción del Momento; iv) en que se decide cooperar con las autoridades; vi) Multas severas y por último, vii)la protección a las empresas y confidencialidad de la información suministrada.

En tercer lugar, tratar de hacer frente a las críticas que se plantearon en el capítulo cinco. Para Colombia es una ventaja poder estudiar unos cuestionamientos tan sólidos, de entrada puede y debe hacer frente a ellos. Sería negligente omitir y no prever que se reglamente el artículo 10º del Proyecto de Ley No. 195 de 2007.

En aras de garantizar la efectividad de la figura y su éxito deben prescribirse reglas claras sobre los beneficios que se reconocerán a los co –infractores de las leyes de competencia, que lleguen en segundo o en tercer lugar a delatar a los demás. El mecanismo no puede desnaturalizarse y no debe permitir que los agentes del mercado se aprovechen de él. Si esto llegara a suceder, sería un retroceso grandísimo para la función de protección y sanción de las prácticas restrictivas de la competencia, tarea que de manera loable ha venido cumpliendo nuestra autoridad de competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio.

De esta manera, cuando se implemente en nuestro ordenamiento el programa de delación, al aplicar el mecanismo debe tenerse en cuenta principalmente: las calidades y

características del agente cartelizado, determinar si es reincidente, tratar de establecer gravedad del daño que causó, el tiempo y la duración de la conducta anticompetitiva, determinar si afectó el mercado nacional y/o el internacional y la capacidad de pago de los agentes. Algunos de estos factores son objetivos y mensurables, mientras los otros aparecen ser en gran parte discrecionales. Debe estudiarse que grado de discrecionalidad es conveniente otorgarle a la autoridad en este tema e igualmente, imponerle los límites necesarios que garanticen la transparencia en su aplicación

Asimismo, tampoco puede dejarse de lado el análisis de racionalidad económica, este es fundamental para diseñar tarifas óptimas e incentivos atractivos que permitan a las empresas cartelizadas formar el convencimiento de que la mejor opción es confesar. Debe crearse una cultura de la confesión, que ponga a las empresa en una competencia por quien acude primero a la autoridad y delata a las demás. Nuevamente se enfatiza que para esto debe haber claridad sobre los beneficios que se recibirán por la confesión y costos significativos en caso de llegar a asumir la multa correspondiente por ser descubiertos.

Especial cuidado debe tenerse para no prever beneficios excesivos, porque esto llevaría a que los agentes abusaran descaradamente de la delación. Estaríamos frente a un ciclo de una infracción y una posterior confesión, sería un juego muy sucio para con la autoridad. Los agentes vivos y picaros dentro de su acuerdo anticompetitivo van a prever que el cártel, en un momento determinado acuda a la autoridad y se acoja al programa, recibiendo un trato más clemente.

Surge entonces, la necesidad de ampliar las expectativas y plantearse objetivos de largo plazo con relación al programa de clemencia. El cual debería estructurarse sobre la base de una constante evaluación y revisión de los resultados obtenidos. De esta manera, la institución se convertirá en el mecanismo idóneo para lograr una armonización gradual con nuestra ley de competencia, lo que permitirá un programa de clemencia eficaz y eficiente. También, hay que ser consciente que el éxito que generalmente se le ha reconocido a dicho mecanismo puede ser matizado por la proliferación de colusión tácita.

La omisión a la Amnistía Plus y a hacer un análisis detallado sobre la amnistía a personas individuales fue voluntaria, en mi concepto son rasgos sofisticados que requieren de unas herramientas técnicas para aplicarla correctamente.

En virtud de lo expuesto en este trabajo, los programas de clemencia son vistos como una herramienta eficaz y efectiva para descubrir los cárteles, que han traído innumerables perjuicios para la competencia. Las labores investigativas de la autoridad de competencia se verán favorecidas al implementar un programa de clemencia en Colombia, pues se facilitaría la recolección de pruebas y no se produciría el desgaste que hoy se observa en tiempo y recurso al adelantar una investigación. Se pueden sintetizar algunas ventajas de los programas de clemencia en cuatro diferentes frentes: 1. Con relación al proceso, estos terminan con mayor frecuencia en condenas, la autoridad cuenta con más elementos para formar su convencimiento a la hora de juzgar una conducta; 2) haciendo convicción y penalización más frecuente y estricto; 2) en cuanto a la desarticulación de carteles, su descubrimiento se hace más probable; 3) por otro lado, se logra desestabilizar la estructura interna de los carteles sembrando desconfianza e incertidumbre entre los participantes del cártel; 4) aumenta la disuasión, ya no son interesantes los beneficios que ofrecen los cárteles.

En conclusión, se enfatiza que lo más importante para tener en cuenta a la hora de elaborar una guía o borrador del programa, o una norma como el actual Proyecto de Ley No. 195 de 2007, es reconocer que cada sistema legal es diferente; y que en particular nuestro ordenamiento requiere de tiempo y esfuerzo para adaptarse a las innovaciones de este tipo, pues un programa de clemencia es sensible a las características de nuestro régimen vigente de competencia.- sea dicho de paso que está en mora de actualizarse, en parte esto se hará por el Proyecto de Ley en comento-.

Así algunas recomendaciones que deben tenerse presentes al estudiar la figura son:

- Analizar la conveniencia debe hacerse observando el contexto social y la realidad de nuestro país.

- Evitar al máximo hacer trasplantes de normas, sin su respectivo estudio, para determinar la capacidad de nuestro ordenamiento de competencia de responder a esos modelos, teniendo en cuenta la estructura del mercado colombiano, que es altamente concentrado.
- Los beneficios derivados de los programas de clemencia deben claros y confiables. Las empresas que aspiran a ellos deben tener una expectativa segura sobre cuál será su suerte.
- Cuando se presenten varios autores que lleguen a la autoridad a solicitar clemencia, el descuento o reducción de la multa debe atender en primer lugar al orden de llegada y en segundo lugar a la calidad de la información y pruebas suministradas. Esto se resume en la aplicación del principio de proporcionalidad.
- Las multas deben ser suficientemente altas, para que impliquen un sacrificio importante a los infractores y por el contrario no sean vistas como un impuesto o un costo normal de la actividad.
- La cooperación plena e integral durante la investigación es una condición imprescindible para los agentes que solicitaron acogerse a los beneficios de la clemencia.
- La confidencialidad debe ser absoluta y debe garantizarse la protección necesaria a los testigos que colaboraron en la investigación.

Bibliografía

- Hernando Agudelo Villa. *De los monopolios a la democracia económica*, Ariel, Bogotá, 1999)
- *Antitrust Procedures and Penalties Act (Tunney Act de 1974)* que fue reformado en el 2004 y de manera general, para los procedimientos civiles y criminales, en 15 U.S.C. § 16.
- Thomas O. Barnett. “Criminal Enforcement Of Antitrust Laws: The U.S. Model. Public speech, presentado en: New York, September 14, 2006. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/218336.htm>

Comisión Europea de Competencia

- Leniency Notice, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html
- _____ 1996 Comunicado de la Comisión sobre: non-imposition or reduction of fines in cartel cases Official Journal C 207, 18.07.1996 disponible en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html
- _____ 2002 Comunicado de la Comisión sobre “immunity from fines and reduction of fines in cartel cases” diario oficial C 45, 19.02.2002, p. 3-5 disponible en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html
- _____ 2006 Fining Guidelines. disponible en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html
- _____ Dispensa del pago y reducción del importe de las multas clemencia en casos de cártel.mht disponible en: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l26119.htm>
- _____ frequently asked questions’, disponible en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/357&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>
- _____ Public consultation on amendment of the Leniency Notice – comments received (October 2006) disponible en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html
- Manuel Conthe: 25 *Los límites de la clemencia.* disponible en: <http://blogs.expansion.com/blogs/web/conthe.html?opcion=1&codPost=45033&categoria=47>

- John M. Connor. *A Critique of Partial Leniency for Cartels by the U.S. Department of Justice.* (Purdue University West Lafayette, Indiana 2008) disponible en : <http://ssrn.com/abstract=977772>

Departamento de Justicia de los Estados Unidos

- Sección A Corporate Leniency Notice, Department of justice. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>. EE.UU.1993
- _____Antitrust Division's Corporate Leniency Policy- An Update', speech delivered at Washington DC, before Bar Association of the District of Columbia's 35th Annual Symposium on Associations and Antitrust (February 16, 1999), available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/2247.htm>
- _____sección B de Corporate Leniency Notice. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>.
- _____Leniency Policy For Individuals, Departamento de Justicia **Sección A** Requirements for Leniency for Individuals. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>
- Decreto 2153 de 1992
- Lawrence m. Frankel Rethinking the Tunney Act: a model for judicial review of antitrust consent decrees. Antitrust Law Journal No. 2 (2008), publicado por: the American Bar Association Section of Antitrust.
- Aldo González. *La Delación Compensada o Amnistía en la Lucha Anti-Carteles.* Chile (Enero, 2007) disponible en: <http://econ.uchile.cl/public/Archivos/pub/8ca92c23-e188-4d46-9845-306999ffc174.pdf>
- Juan David Gutierrez R. *Tacit Collusion in Latin America: a comparative study of the competition laws and their enforcement in argentina, brazil, chile, colombia and panama.* (Paper prepared for the Latin American Competition Policy Conference: Fundação Getulio Vargas São Paulo Brazil, (2008)
- _____. "Amicus curiae – Intervención en la Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 2153 de 1992 (2008)
- Jeroen Hinloopen y Adriaan R. Soetevent, *from overt to tacit collusion: experimental evidence on the adverse effects of corporate leniency programs.* 2008, Pag 25 disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1146347>

- Hans -Wilhelm Krüger, *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis*, p. 3-6. Master Thesis Erasmus Programme in Law and Economics, (2001).
- Camilo Martínez Blanco. *Nuevo Régimen sancionatorio para empresas e integrantes*. Uruguay Noviembre 2007. Disponible en www.lideco.com/download/Competencia_colegio_contadores.ppt -
- Lawrence M. Frankel. *Rethinking the Tunney Act: a Model for Judicial Review of Antitrust Consent Decrees*. Antitrust Law Journal publicado por: the American Bar Association Section of Antitrust.No. 2 (2008)
- David Miller, *Fighting hard core cartels*, Jamaica's Country Contribution to the "Third Meeting of the Latin American Competition Forum - Madrid, 19-20 July 2005", available at <http://www.oecd.org/dataoecd/41/21/38835255.pdf>
- Alfonso Mirando Londoño. *Presentación Segundas Jornadas internacionales de derecho económico. Reforma al régimen de competencia en Colombia 2008* Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/MEMORIASSegundasJornadasInternacionalesdeDerechoEconomicoLanuevaleydecompetenciaenColom.htm
- _____ y Juan David Gutiérrez, . *Fundamentos económicos del derecho de la competencia: beneficios del monopolio vs. beneficios de la competencia*, en "Revista de Derecho de la Competencia, CEDEC VI". Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas, 2006, disponible en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_colecc/CEDEC_VI.htm
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico "*Using Leniency to Fight Hard Core Cartels- Resumen Utilizar la clemencia para luchar contra los cárteles*" (2002) disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/11/33/1935135.pdf>
- _____. *Fighting hard core cartels in Latin America and the Caribbean*, "Third Meeting of the Latin American Competition Forum" - Madrid, 19-20 July 2005.
- Robert Pindyck y Daniel Rubinfeld "*Microeconomía - Tercera Edición*" -Hall (Madrid: Pearson Educación 2001)
- Richard A. Posner, *Oligopoly and the antitrust laws: a suggested approach*, 21 Stan. L. Rev. 1562, 1969.
- Proyecto de Ley No. 195 de 2007

- Danilo Samà, Competition Law, Cartel Enforcement & Leniency Program LUISS "Guido Carli" University of Rome. (December 2008) disponible en : <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/14104/>
- Hammond, S.D., ‘*Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Agreements*’, public speech presentado en: Washington D.C., Marzo 29 2006, Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/215514.htm>,
- Paul A. Samuelson, y william D. Nordhaus, *Economía*, 14 edición, McGraw-Hill, España. (1993)
- Paul A. Samuelson, y william D. Nordhaus *Economía*.14 edición, pag 735 y sig McGraw-Hill, España,
- Ricardo Sanhueza P “*Delación compensada, carteles e incentivos.*” Seminario Día de la Competencia Universidad de los Andes (octubre 2007) disponible en: http://www.fne.cl/descargas/dia_competencia/data/2007/ddlc_2007_rs.pdf
- SECRETARIAT OF ECONOMIC LAW SDE COMPETITION DIVISION *Brazil’s Leniency Program*. Febrero 2008. Disponible en: <http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTsvc.asp?DocumentID=%7B557F1C6C-D5DA-48FB-9FCE-2CE68C6D5330%7D&ServiceInstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%7D>
- Donald F. Turner, *Cooperation among Competitors*, 61 Nw. U. L. Rev. 865, 1967
- **Mauricio, Uribe López, Corporación Viva la Ciudadanía** disponible en: www.viva.org.co/herramientas/Herra066.pdf **Mauricio, Uribe López, Corporación Viva la Ciudadanía** disponible en: www.viva.org.co/herramientas/Herra066.pdf
- Mauricio Velandia Castro, “Demanda de Inconstitucionalidad contra el Decreto 2153 de 1992, artículo 4 n° 12 y artículo 52 n° 4” (2008)
- Nicolo Zingales, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101803>
- El Portal de la Unión Europea. *Plus Dispensa del pago y reducción del importe de las multas clemencia en casos de cártel.* Disponible en: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l26119.htm>