



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

OCTUBRE, 2021

DETECCIÓN DE ¹ CÁRTELES: ENTRE LENIENCY Y WHISTLEBLOWING PROGRAM

**PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA**

**LIBRE COMPETENCIA EN POCAS
PALABRAS - N°12**

DOCUMENTO ELABORADO POR EL PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA, CON LA COLABORACIÓN DE SEBASTIÁN ARAVENA, CLAUDIA CHOQUENEIRA Y PIERO MALCA

1. INTRODUCCIÓN

Los *hard core cartels* o cárteles duros son considerados como las conductas más perjudiciales para la competencia y el bienestar del consumidor. Es por tal motivo que la gran mayoría de ordenamientos jurídicos los persiguen y sancionan con severidad. La severidad de las sanciones genera incentivos para que los agentes involucrados mantengan en secreto su participación en una fijación de precios, reparto de mercado, limitación de producción o coordinación de posturas en licitaciones públicas. Para superar tal adversidad, las agencias de competencia necesitan contar con herramientas eficaces que les permitan detectar la comisión de estas infracciones.

La teoría económica muestra que, en competencia oligopólica, las firmas tienen incentivos a seguir acciones colusorias pues consiguen mayores beneficios que al competir. Además, el cartel podría ser estable y de duración indeterminada si se logran superar los incentivos subyacentes a desviarse de la colusión (Hoang et al., 2014). En consecuencia, una herramienta de las autoridades para detener o desincentivar estas conductas es alterar los costos y beneficios de las firmas que están coludidas o pretenden coludirse, esto se puede lograr mediante distintas formas, una de ellas son las herramientas premiales a la delación.

Estas herramientas otorgan beneficios - desde la reducción parcial o total de multas hasta la exoneración de consecuencias penales- a los agentes económicos que proporcionen información relevante para la detección, investigación y sanción de conductas colusorias. Así, las herramientas alteran la evaluación costo beneficio de una firma que está coludida, pues una vez que se inició la investigación, la probabilidad de ser descubierta aumenta, pero si se acoge al programa el castigo esperado disminuye. La disminución de los costos esperados incentiva a las firmas a desistir de la colusión y aportar información relevante a la investigación (Motta y Polo, 2003; Hoang et al., 2014; Lefouili y Roux, 2012).

En ese sentido, en el presente documento de Libre Competencia en Pocas Palabras nos enfocaremos en dos herramientas premiales: los *amnesty* o *leniency program* y el *whistleblowing* o *rewards program*. Este documento presenta las principales características de cada tipo de programa y establece una breve comparación. Para esto, la sección 2 describe el *amnesty* o *leniency program* y menciona características distintivas entre países que aplican programas de este estilo. Luego, la sección 3 caracteriza el *whistleblowing program*, principalmente para el caso de Perú. Finalmente, la sección 4 presenta una comparación entre los programas y una breve conclusión sobre su complementariedad.

2. AMNESTY O LENIENCY PROGRAM

El *leniency program* es una herramienta de las agencias de competencia para la detección y posterior sanción de los *hard core cartels*. La razón de que el programa esté dirigido a este tipo de infracciones radica en el consenso entre autoridades y especialistas sobre su alta nocividad al proceso competitivo y el bienestar del consumidor. Además, dada la severidad con la que se sancionan en la mayoría de jurisdicciones, los integrantes tienen fuertes incentivos para mantener en secreto la práctica, lo cual dificulta las investigaciones de la autoridad.

En ese sentido, solo aquellos agentes que han cometido la infracción pueden aplicar. La lógica detrás de esta herramienta es incentivar al agente infractor a colaborar con la autoridad, a cambio de un beneficio, que se materializa a través de la exoneración o reducción de la multa que hubiese correspondido. En caso se sancione con pena de cárcel la participación en un cartel, el compromiso se extiende a un trato más favorable frente a los tribunales. Cabe señalar que la obtención del beneficio, en general, no la exime de otras consecuencias que de la conducta pueden derivarse, como, por ejemplo, una demanda de indemnización por daños y perjuicios o la imposición de medidas correctivas.

Las características que debe poseer un programa de clemencia efectivo son claridad, certeza y prelación en la aplicación (OECD, 2001). Así, es comprensible que un integrante del cártel compare los beneficios que supondría mantenerse en el acuerdo colusorio, respecto al que podría lograr si es que opta por aplicar al programa y cesar su participación. Es por tal razón que se debe ofrecer el mejor acuerdo al primero que aplique. Asimismo, los términos ofrecidos antes y durante la presentación de la solicitud deben ser lo más claros y precisos posibles para todos los solicitantes.

Respecto a los avances en Latinoamérica, el Perú cuenta con dos programas de clemencia. El primero, en términos cronológicos, es el aplicado por el Indecopi (2), el cual extiende su ámbito de aplicación a todos los mercados. Mientras que el segundo, es aplicado por Osiptel (3) en el mercado de telecomunicaciones. Al respecto, ambos lineamientos contemplan tres tipos de “clemencia”, los cuales tienen diferentes beneficios, requisitos y deberes vinculados con la colaboración en la investigación. A modo de ejemplo, la clemencia del tipo A otorga una exoneración total de la multa que hubiese correspondido, mientras que la del tipo B, entre el 100% y 50%. La razón detrás del primero radica en que, para aplicar a tal beneficio, la Secretaría Técnica no debe contar con indicios de la práctica colusoria, mientras que, en el segundo, la autoridad ya ha tomado conocimiento de la posible concertación. Nótese que en ambos casos se otorga la exoneración o reducción a aquel que sea el primer aplicante y cumpla con los deberes y requisitos establecidos.

Por otro lado, en Chile, la FNE(4) ha emitido la Guía Interna de Delación Compensada, la cual establece las reglas y procedimientos que deberá seguir la autoridad al momento

de otorgar los beneficios. En particular, establece que los beneficios son la eximición de la multa y de la disolución de la firma para el primer participante en acogerse a la delación compensada y una rebaja de la multa y del grado del delito para los siguientes participantes que usen el beneficio. Los requisitos para recibir los beneficios son (i) proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables, (ii) abstenerse de divulgar la solicitud del beneficio y (iii) poner fin inmediatamente a la participación en la conducta. Estos beneficios no serán aplicables para quien sea considerado el organizador de la conducta ilícita y que haya coaccionado a los demás participantes.

Además, en la Unión Europea el programa otorga la inmunidad total o parcial frente a las multas, lo que depende del orden de prelación de las solicitudes. Los requisitos son similares al caso de Chile, pero además puntualizan el no haber destruido, falsificado u ocultado pruebas. Mientras que en EE.UU., el programa se divide en dos tipos, los cuales están sujetos al momento en el que aplique el solicitante, de manera similar a lo descrito para el caso peruano.

Finalmente, de acuerdo con la OECD (2018), los principales retos que afrontan los *leniency program* en la actualidad son:

- A. Un menor número de aplicaciones esperadas
- B. Poca conciencia sobre los requisitos de competencia y las opciones y procedimientos para la obtención del beneficio
- C. Procedimiento poco claro para aplicar y tener garantizado el beneficio
- D. Pocos incentivos para cooperar con las autoridades de competencia.

2 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

3 Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones.

4 Fiscalía Nacional Económica

3. WHISTLEBLOWING PROGRAM

El programa de recompensas es una herramienta premial que permite ofrecer compensaciones económicas a personas naturales que, sin haber participado directamente de la comisión de conductas anticompetitivas, posean información importante sobre su planeamiento o realización (CMA, s.f.; Indecopi, 2019). En particular, los programas de recompensas vigentes restringen el ámbito de aplicación de la herramienta a aquellos casos que involucren carteles, debido al consenso común sobre los daños que estas conductas causan en las firmas y los consumidores (CMA, s.f.). Asimismo, se ha argüido que conductas diferentes a los carteles -como es el abuso de posición de dominio- se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de los programas de recompensas debido a que están sujetas a una prohibición relativa, teniendo algunas justificaciones lícitas y/o realizándose de manera no oculta, por lo que no se podría asegurar el pago de una recompensa (Indecopi, 2019).

En la región latinoamericana, el primer y único país en adoptar esta herramienta premial ha sido el Perú. A través de una modificación legislativa efectuada en setiembre del 2018, y la reciente publicación de los Lineamientos del Programa de Recompensas, la CLC(5) faculta a su Secretaría Técnica el otorgamiento de recompensas a personas naturales con el objeto ampliar el número de individuos dispuestos a colaborar con la autoridad en la persecución y sanción de carteles. Así, el esquema premial propuesto presenta las siguientes características:

Ámbito de aplicación objetivo: El Programa de Recompensas es aplicable únicamente sobre prácticas calificadas como hard core cartels.

Ámbito de aplicación subjetivo: El beneficio

de la recompensa es accesible a personas naturales - nacionales o extranjeras - que, sin haber participado de la comisión de la conducta, tengan conocimiento sobre su existencia y desarrollo, y, por tanto, puedan proporcionar información determinante para la detección y sanción de la misma. Así, los posibles informantes podrían ser terceros individuos, como una secretaria, ex trabajadores, familiares o distribuidores, que, en calidad del desarrollo de sus funciones, hayan interactuado con los infractores.

Excepcionalmente, y siguiendo la experiencia del Reino Unido, la Secretaría Técnica peruana ha dispuesto el otorgamiento de recompensas a individuos que, habiendo ejecutado la conducta, hayan ejercido un rol periférico. Esta situación refiere a aquella en la que los trabajadores participan exclusivamente de la ejecución de la conducta, debido a que, en su condición de subordinados, se les ha encargado acciones para materializar esta; sin embargo, dichos individuos no tienen capacidad de decisión o control sobre la conducta (Indecopi 2019, pp. 11).

Recompensa: Asciende hasta los S/ 400,000 (o equivalentemente, USD \$101,790). La recompensa consta de un esquema con dos componentes: el monto base y el monto variable.

Por un lado, el monto base tiene como objeto brindar certeza al potencial solicitante de que obtendrá una recompensa en la medida de que las pruebas aportadas sean oportunas, concluyentes y de utilidad para la Secretaría Técnica. Así, se ha previsto que un porcentaje del monto base se efectúe a partir del momento en que la Secretaría Técnica haya corroborado la información provista por el colaborador. Desde un entendimiento económico, el monto base tiene el propósito de compensar los gastos y riesgos en lo que ya haya incurrido el solicitante, como es el desempleo ante la circunstancia de que haya sido descubierta

5 Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

su colaboración por el empleador. De esta manera, teniendo en cuenta variables como el salario promedio de un potencial solicitante y el tiempo promedio de desempleo, la Secretaría Técnica ha estimado un monto base máximo de recompensa ascendente a S/200,000 (o equivalentemente, USD \$50,895) (6).

Por otro lado, el monto variable tiene como objeto proveer de incentivos al colaborador para lograr una persecución y sanción de cartel exitosa. De esta manera, se espera que el colaborador esté más interesado en que las pruebas brindadas revelen la verdadera dimensión de la conducta, y por tanto, sean debidamente sancionadas. De acuerdo al Indecopi, la literatura en la materia sostiene que un mecanismo óptimo para alcanzar estos objetivos es vincular la recompensa variable con la sanción del cartel, así, se sugiere que el monto variable máximo de la recompensa sea equivalente al 5% de la multa efectivamente pagada por los infractores, estableciéndose un tope máximo de S/200,000 (7) (o equivalentemente, USD \$50,895) por este componente del esquema de recompensas.

Confidencialidad de la identidad del delator:

La Secretaría Técnica se compromete a mantener la confidencialidad de la identidad del solicitante a lo largo del proceso administrativo sancionador, debido a las represalias laborales, económicas, legales y/o sociales que pudiera enfrentar por parte de su empleador o compañeros

6 En términos comparados, si bien no todos los esquemas de recompensas incluyen explícitamente un monto fijo, es evidente la necesidad de proveer una compensación monetaria a los solicitantes debido a los gastos en los que incurrir durante la investigación y sanción del caso. Así, por ejemplo, el Reino Unido, sugiere el pago de la recompensa al final de la investigación; sin embargo, señala que los gastos serán reembolsados conforme los gastos sean incurridos (CMA, s.f.).

7 La literatura internacional precisa la necesidad de disponer de un monto tope de recompensa atractivo para los posibles solicitantes. Esta, además, dispone de ejemplos en los que algunos esquemas de recompensas no han logrado ser efectivos debido al bajo monto ofrecido. Tal es caso de Pakistán, cuya recompensa oscila hasta los USD \$56,705, monto considerado como insuficiente para incentivar a la mayoría de informantes (Financer Worldwide Magazine, 2020). De manera semejante, el tope de recompensa dispuesto por la autoridad de libre competencia de Corea, era inicialmente de USD \$19,000. El bajo nivel de reportes indujo a que la autoridad incrementará el tope máximo hasta USD \$94,000 (Stephan, 2014).

de trabajo (8).

4. COMPARACIÓN Y CONCLUSIÓN

Como se sostuvo anteriormente, los cárteles son una preocupación importante para las autoridades, ya que estas prácticas podrían perjudicar a los consumidores y la sociedad en su conjunto mediante coordinaciones de precios, calidades y/o cuotas de producción. Debido a la difícil misión de perseguir y sancionar a los infractores, las autoridades de distintos países utilizan programas para incentivar las autodenuncias (*leniency program*) o denuncias ciudadanas (*whistleblowing program*). En este documento se presentaron las principales características de dichos programas y cómo se han implementado en distintos países.

Cabe destacar que ambos programas comparten el mismo objetivo, el cual es colaborar con la autoridad para desactivar cárteles a cambio de un beneficio. Sin embargo, existen diferencias en cuanto al ámbito subjetivo de cada programa. En primer lugar, el *leniency program* se encuentra dirigido a aquellas personas naturales o jurídicas que hayan participado en un cártel. En contraste, el *whistleblowing program* aplica a aquellas personas naturales que, sin haber cometido la infracción, cuentan con información relevante para la investigación y sanción de la conducta. Ambos tipos de programas contemplan la entrega de algún tipo de beneficio, la cual está sujeta a la admisibilidad y cumplimiento de requisitos específicos. En relación a la forma del beneficio, el *leniency program* brinda una exoneración o reducción de las posibles sanciones, mientras que el *whistleblowing program* entrega una recompensa

8 La experiencia internacional avala la necesidad de mantener bajo estricta confidencialidad la identidad de los solicitantes, en particular, debido a que la delación de la conducta los ubica en una situación donde su cooperación está en conflicto directo con sus deberes hacia la firma (Stephan, 2014). Así, los lineamientos del programa de recompensas de Reino Unido y Pakistán disponen de medidas que salvaguarden la confidencialidad de la identidad del solicitante, como la designación de funcionarios especialmente entrenados para tratar con los informantes.

monetaria directamente al beneficiario (9).

Desde el punto de vista económico, ambos programas consideran incentivos a la denuncia de cárteles, esto provoca una mayor probabilidad de detección por parte de las autoridades, la cual hace que la decisión de coordinar acciones en un mercado tenga un costo esperado mayor, es decir, será menos atractivo para las empresas incurrir en conductas anticompetitivas. A pesar de este mecanismo, el *leniency program* podría incentivar las colusiones de corta duración, ya que de antemano las firmas saben que podrán acogerse a este beneficio y reducir los costos de la colusión. Por su parte, el *whistleblowing program* enfrenta el desafío de evitar denuncias falsas o maliciosas por parte de personas externas que quieran dañar una organización.

En relación a los desafíos que enfrentan ambos programas, es necesario que las señales entregadas al mercado sean claras y confiables, por lo que tanto los mecanismos como las consecuencias deben estar bien estructuradas y establecidas, de forma que los programas entreguen los (des)incentivos correctos para disuadir la formación de cárteles y prácticas anticompetitivas, en este sentido, Hoang et al. (2014) muestran que multas esperadas más costosas incentivan significativamente el uso del *leniency program* de la Unión Europea.

Finalmente, aunque ambos tipos de programas apuntan al mismo objetivo, estos son complementarios y tienen un gran potencial para enfrentar la formación de cárteles y los delitos contra la libre competencia (Bigoni et al., 2012), la complementariedad se manifiesta en la ampliación del universo de posibles denunciadores.

9 Desde un punto de vista fiscal, el primero provocaría una reducción de los ingresos fiscales por concepto de rebaja de multas, mientras que el segundo contemplaría un aumento en el desembolso fiscal por concepto de pago del beneficio a quien aporta a la investigación contra prácticas anticompetitivas.

REFERENCIAS

Bigoni, M., Fridolfsson, S. O., Le Coq, C., & Spagnolo, G. (2012). Fines, leniency, and rewards in antitrust. *The RAND Journal of Economics*, 43(2), 368-390.

Competition and Markets Authority - CMA (s.f.). Rewards for Information about Cartels. Consultado el 20 de julio del 2021. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/888951/Informant_rewards_policy.pdf

Financier Worldwide Magazine (2020). Whistleblower programmes - making cartel detection more effective. Consultado el 20 de julio del 2021. https://www.financierworldwide.com/whistleblower-programmes-making-cartel-detection-moreeffective#.YQIL_o5KjIU

Hoang, C. T., Hüscherlath, K., Laitenberger, U., & Smuda, F. (2014). Determinants of self-reporting under the European corporate leniency program. *International Review of Law and Economics*, 40, 15-23.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI (2017). Guía del Programa de Clemencia. Consultado el 20 de julio de 2021 <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3761587/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia.pdf/0a0d49ba-167d-f9f3-e878-b21c326b31ff>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi (2019). Lineamientos del Programa de Recompensas. Consultado el 20 de julio del 2021. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4402954/ESP+Lineamientos+del+Programa+de+Recompensas/>

Lefouili, Y., & Roux, C. (2012). Leniency programs for multimarket firms: The effect of Amnesty Plus on cartel formation. *International Journal of industrial organization*, 30(6), 624-640.

Motta, M., & Polo, M. (2003). Leniency programs and cartel prosecution. *International journal of industrial organization*, 21(3), 347-379.

Organisation for Economic Co-operation and Development (2001). Using leniency fight hard core cartels. Consultado el 20 de julio de 2021 <https://www.oecd.org/daf/ca/1890449.pdf>

Organisation for Economic Co-operation and Development (2018). Challenges and coordination of leniency programmes. Consultado el 20 de julio de 2021 <https://www.oecd.org/daf/competition/challenges-and-coordination-of-leniencyprogrammes.htm>

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL (2020). Guía del Programa de Clemencia en Telecomunicaciones. Consultado el 20 de julio de 2021 <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-la-guia-del-programa-de-clemencia-entelecomunicac-resolucion-n-143-2020-cdosiptel1892579-1/>

Stephan, A. (2014). Is the Korean Innovation of Individual Informant Rewards a Viable Cartel Detection Tool?. Forthcoming Draft of Book Chapter in: T Cheng, B Ong, and S Marco Colino, *Cartels in Asia* (Kluwer 2014), CCP Working Paper, 14-3.