

HACIA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN PROGRAMA DE CLEMENCIA EN COLOMBIA

JULIANA MOLINA GÓMEZ *

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 éstos manejan, para así desarrollar un programa de clemencia eficaz y eficiente.

* Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana. Fue coordinadora del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC.

Palabras clave: 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.

TOWARDS THE IMPLEMENTATION OF A LENIENCY PROGRAM IN COLOMBIA

ABSTRACT

Leniency programs constitute an important strategy for the eradication of the cartels. This institution offers total, partial immunity or reduction of the fines to the members of a cartel who inform the competition authorities about the illicit conducts in which they took part. Leniency programs have showed results in the countries that have implemented them. To review the convenience of its inclusion in Colombia, it is necessary to assess several aspects regarding its structure and requirements and, in addition, understand its economic rationality. The present document assesses these relevant aspects with the purpose of evaluating the development of a Colombian Leniency program that is effective and efficient.

Key words: *cartel, leniency program, immunity or amnesty, market power game theory, fines reduction, strong sanctions, non sanctions, important information, transparency, confidentiality and protection to informers.*

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 ordenamientos jurídicos.

Para hacer frente a esta práctica que trae innumerables efectos nocivos, diferentes sistemas jurídicos han ideado varias estrategias entre ellas “los programas de amnistía, clemencia o delación” (términos sinónimos). El objeto de este ensayo es ilustrar y desarrollar la aplicación de esta institución, dentro de la cual, se puede ofrecer inmunidad total, parcial o reducción de las multas a los agentes cartelizados que rompan la ley del silencio y delaten a las demás empresas que participaron del cártel.

Los programas de clemencia presentan varias particularidades y existen varias formas de incorporarlos a un determinado ordenamiento jurídico. Colombia ha reformado su normativa sobre competencia con la Ley 1340 de 2009 y previó en su “**Artículo 14. Beneficios por Colaboración con la Autoridad**”. A partir de este hecho quedó abierta la discusión sobre cómo debía estructurarse un programa de clemencia en Colombia.

Dada su importancia, en la primera parte de este ensayo se propone una reflexión sobre la justificación de la existencia de los programas de clemencia y la racionalidad económica implícita que manejan. Posteriormente se realizará un estudio comparativo de cómo Estados Unidos y la Unión Europea han venido aplicando estos programas y, finalmente, teniendo en cuenta las particularidades económicas de

nuestro país, condiciones y costumbres empresariales, en la última parte se presentarán algunas ideas que servirán para dar respuesta a la pregunta sobre cuál debe ser el contenido para que un programa de clemencia funcione de manera 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 financieras¹, 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 . 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 han sido descubiertos gracias a ellos. Por eso, en España el Código Unificado recomendó también a las sociedades cotizadas que las

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 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)”². Se precisa que en un sentido amplio, un cártel es una forma “explícita” de colusión, que no requiere obligatoriamente un acuerdo formal entre sus integrantes³. 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

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>

- 2 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>
- 3 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*, págs. 3-6. Master Thesis Erasmus Programme in Law and Economics, (2001)

consumidores, en virtud del poder de mercado que adquieren⁴ o a actuar igual dentro del 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 competencia⁵, al crear consecuencias nefastas a la estructura de mercado de un país determinado⁶. Así, la mayoría de países cuentan

4 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 & 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 sí 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 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 & WILLIAM D. NORDHAUS *Economía*. 14 edición, pág. 735 y ss. McGraw-Hill, España, (1993).

5 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). Véase: GEORGE STEPHANOV GEORGIEV, *Contagious efficiency: the growing reliance on US-style antitrust settlements in EU law*. Utah law review (2007).

6 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-cárteles 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

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 perfecta⁷, o para ser más realistas en los mercados 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 consumen⁸.

Con relación al caso colombiano, debemos decir que, dadas las particularidades de su estructura económica, éste tiene tendencia a la cartelización⁹. No obstante, las normas de competencia prohíben que

anti-trust — que hasta la fecha opera abiertamente. 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>

7 Se reitera que dicha estructura de mercado sólo existe en la teoría.

8 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>

9 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”.

las empresas se cartelicen¹⁰. Esta conducta se enmarca dentro del género de prácticas comerciales restrictivas¹¹.

Retomando la premisa del párrafo anterior, en cuanto a la estructura de mercado en Colombia, ésta es bien compleja y sin duda alguna, tiene propensión a la cartelización al presentar una estructura oligopólica¹². Se ha sostenido que esta es una de las características

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 oligopólico 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 -

- 10 Decreto 2153 de 1992. Artículo 46 Prohibición General
- 11 Es importante en este punto tener en cuenta el artículo 47. Acuerdos Contrarios a la Libre Competencia, igualmente del decreto 2153 de 1992
- 12 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 oligopólicos. 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: 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 éste 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

para que el cártel sea exitoso¹³. 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 casos¹⁴. Lo que demuestra lo anterior es que el cártel controla la oferta¹⁵.

Después de lo brevemente expuesto, sobre los cárteles, podremos adentrarnos en el asunto que nos concierne: Los “programas de clemencia”, “programas de amnistía” (“Amnesty Programs”) o “programas de inmunidad” (“Immunity Programs”). Indistintamente llamados de las anteriores maneras por las autoridades que los aplican¹⁶.

Tras varios intentos y esfuerzos de las autoridades por erradicar la existencia de los cárteles, surgió esta institución, y si puede llamarse

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://mpira.ub.uni-muenchen.de/14104/>

- 13 Debe aclararse La estructura oligopólica es condición necesaria, PERO NO SUFICIENTE para que un exista cartel. Véase: JUAN DAVID GUTIÉRREZ 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)
- 14 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 & RUBINFELD, *op. cit.*
- 15 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 PERDIGUERO & 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/Perdiguero%20y%20Jim%20E9nez_Competencia%20o%20colusi%20F3n%20en%20el%20mercado%20de%20gasolina_Mayo_06.pdf
- 16 Véase: HANS -WILHELM KRÜGER, *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis*, págs. 3-6. Master Thesis Erasmus Programme in Law and Economics, (2001) disponible en <http://rile.brinkster.net/Thesis/Krueger.pdf>

también, estrategia. Por mucho tiempo se evidenció, que la coerción por sí sola era ineficiente, ya que, la existencia de multas como medida represiva, llevó 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, éstos 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 ésta se ven en la necesidad de declararla desierta o se inhiben ante la imposibilidad de recoger las evidencias y los datos necesarios y suficientes que pudieran producir la sanción a que eran acreedoras las empresas cartelizadas¹⁷.

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

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 las 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

Es el momento de enunciar los objetivos generales de la figura y a través de éstos, 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 clemencia¹⁸, se rige por los siguientes móviles (i) Desestabilización de

18 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

cárteles existentes. (ii) Disuasión de formación de nuevos cárteles. (iii) Reducción de costos del proceso persecutorio¹⁹.

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 este 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, 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

clemencia. Es por oposición a mencionar un programa de clemencia específico adoptado por determinado país.

19 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>

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 cómo sin duda alguna, para que éste 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 Unidos²⁰, que fue el precursor, la Unión Europea²¹ y la Comunidad Andina²². Además del efecto de propagación que se ha dado en diferentes países como Alemania, Canadá, Reino Unido, Francia, Suecia, Australia, Japón, España²³, hasta llegar a Centroamérica y Latinoamérica con: El Salvador²⁴, México²⁵, Argentina²⁶, Brasil²⁷, Perú²⁸ y Panamá²⁹ recientemente, entre otros.

20 *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.

21 Artículo 9 del Reglamento No. 1 de 2003.

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

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

24 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*, 2008, pág. 14.

25 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*, 2008, pág. 14.

26 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*, 2008, pág. 14.

27 Artículo 53 de la *Lei* 8,884 de 1994. Citado por: Juan David Gutiérrez R. *Amicus curiae – Intervención en la Demanda de inconstitucionalidad contra el D 2153 de 1992*, 2008, pág. 14.

28 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*, 2008, pág. 14.

29 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*, 2008, pág. 14.

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 éstos 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 llegara a formarse un cártel, a los integrantes de éste 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 CLEMENCIA³⁰

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 cártel del cual hacen parte. Es innegable que el actuar humano está movido y determinado

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

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 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 ésta 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 beneficios³¹ desde una perspectiva económica, ésta 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; o, la otra opción, de seguir siendo parte del cártel³². Esta teoría se desarrolla y va de la mano con el conocido dilema del prisionero.

-
- 31 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
- 32 ALFONSO MIRANDA L. & JUAN DAVID GUTIÉRREZ, *Fundamentos económicos del derecho de la competencia* 6. *Revista de Derecho de la Competencia* - CEDEC, 2006, págs. 292-293.

1.4.1. LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA A LA LUZ DE LA TEORÍA DE JUEGOS³³

La teoría de juegos busca estudiar las estrategias competitivas, parte del supuesto de que los competidores son racionales y actúan para maximizar sus beneficios. Ésta 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 información³⁴. 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”³⁵.

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

-
- 33 La 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 agentes se enfrentan a conflictos de intereses y las decisiones individuales son interdependientes. Se entiende que cada agente actúe con racionalidad. 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/>
- 34 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 & RUBINFELD, *op. cit.*
- 35 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 & RUBINFELD, *op. cit.*

los miembros del cártel³⁶, quienes se verán enfrentados a la premura de tomar una posición, con base en la decisión de sus pares, pero éstos no pueden equivocarse. Lo ideal sería tener una estrategia dominante³⁷.

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 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”³⁸, el cual plantea una situación de

36 Es interesante tener la presencia de este fenómeno de debilitamiento de los vínculos del cártel 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 NICOLA ZINGALES, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008). Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1101803>

37 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. Véase PINDYCK & RUBINFELD, *op. cit.*

38 El ejemplo clásico solía ilustrar el dilema 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 lejas pruebas. Por esta razón, ellos tratarán de obtener una confesión

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”³⁹.

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”⁴⁰. La base de esta teoría se mira desde la perspectiva que cada jugador considera sus intereses personales y ante la 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

de cada sospechoso sólo por prometiendo una sanción inferior para quienquiera confiesa primersigales 7. Véase NICOLO ZINGALES, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008). Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1101803>

39 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>

40 Traducción propia, véase NICOLO ZINGALES, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008). Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1101803> pág.2

él, dado lo que hacen sus adversarios⁴¹. 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 posible⁴². Acá, 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 ellos⁴³.

Como se explicó, las partes están enfrentadas y en el marco de aplicación del dilema del prisionero hay varias posibles decisiones⁴⁴, pero en este caso particular se tiene la dificultad 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.

41 Véase PINDYCK & RUBINFELD, *op. cit.*

42 Véase PINDYCK & RUBINFELD, *op. cit.*,

43 A manera de ilustración se cita el cuadro básico que recrea la situación de los prisioneros que se enfrenta al dilema véase: PINDYCK & RUBINFELD, *op. cit.*

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

44 Los competidores deben tener algún incentivo para infringir el acuerdo. De lo contrario preferirán continuar en él y contribuyendo a maximizar el beneficio agregado de los participantes. Véase: DANILO SAMÀ, Competition Law, Cartel Enforcement & Leniency Program LUISS “Guido Carli” University of Rome. (December, 2008) disponible en <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/14104/>

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, este 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, 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 alienen 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 prisionero⁴⁵, 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 regresiva y así generar competencia interna entre ellas sobre quién gana al delatar de primero.

45 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 carteles 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> pág. 9.

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”⁴⁶. En el marco de esta institución puede existir inmunidad absoluta o parcial, bien sea ya con respecto a la sanción criminal o administrativa⁴⁷. 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 UNIDOS⁴⁸

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. Portanto, 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.

-
- 46 Véase: 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>
- 47 GUTIÉRREZ R., JUAN DAVID, *Amicus curiae - Intervención en la Demanda de inconstitucionalidad contra el D 2153 de 1992* pág. 14 (2008).
- 48 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. N° 2, 2008.

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 “Corporate Leniency Policy” (por su nombre en inglés)⁴⁹. En esta 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 condiciones⁵⁰:

- “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.

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

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

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”⁵¹.

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.

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 infractores⁵².

51 Traducción tomada de: MAURICIO VELANDIA CASTRO, *Demanda de Inconstitucionalidad contra el decreto 2153 de 1992, artículo 4 n° 12 y artículo 52 n° 4*, 2008, pág. 5.

52 “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. Véase: 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.

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)⁵³.

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 1993⁵⁴. 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 total⁵⁵, 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 particular⁵⁶, y en caso de no clasificar para amnistía total, aún puede aspirar a la reducción de la

53 Ibidem pág. 6.

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

55 “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>.

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

multa que se graduará observando determinados criterios⁵⁷. 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 autoridad⁵⁸.

Otra aplicación importante para mencionar, sobre el programa de amnistía de EE.UU., 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 incurren en la conducta ilícita⁵⁹. Sobre éstos 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 serían⁶⁰:

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 investigación⁶¹.

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

58 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/aatr/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.

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

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

61 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*, págs. 3-6. Master Thesis Erasmus Programme in Law and Economics, (2001) disponible en <http://rile.brinkster.net/Thesis/Krueger.pdf>

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 cómo 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 B⁶²).

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.

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 productos⁶³.

62 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

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

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 condena⁶⁴. 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 mercados⁶⁵.

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

64 “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 NICOLO ZINGALES, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008). Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1101803> pág. 47.

65 Véase: 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>

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 EUROPEA⁶⁶

La Comisión Europea de Competencia introdujo el programa de clemencia en 1996 por medio de la comunicación 96/C 207/04⁶⁷. Ésta 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.⁶⁸, pero a diferencia de éste, la UE no contempló la amnistía automática que sí 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 perseguir los cárteles. Esto terminó con la *comunicación del año 2002*⁶⁹, que buscó fortalecer la transparencia y la seguridad jurídica⁷⁰.

66 Véase: GEORGE STEPHANOV GEORGIEV, *Contagious Efficiency: the growing reliance on U.S.-style antitrust settlements in EU law*. *Utah law review* (2007)

67 1996 Comunicado de la Comisión sobre: non-imposition or reduction of fines in cartel cases Official Journal C 207, 18.07.1996 pág. 4-6 disponible en http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html

68 Véase: JOEL DAVIDOW, *The Worldwide Influence of U.S. Antitrust*, 35 ANTITRUST BULL. 603, 625 (1990).

69 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

70 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.

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 2006⁷¹, pues abrió la posibilidad de considerar varios factores tendientes a conducir a la correcta tasación de la multa⁷².

Recapitulando, se observa cómo 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 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 siguientes⁷³:

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

- 71 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
- 72 Véase 2006 Guía de multas “Fining guidelines.” por su nombre en inglés. disponible en http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html
- 73 (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.

1. Tiene que ser la primera empresa en acudir a la autoridad a revelar la existencia de una conducta ilegal del cártel⁷⁴.
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 fehaciente⁷⁵.
3. Cooperar continuamente durante el transcurso 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 cártel⁷⁶.

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

74 Véase: 'Competition: Commission proposes changes to the Leniency Notice – frequently asked questions'. Disponible en http://europa.eu/rapid_pressReleases/Action.do?reference=MEMO/06_357&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en

75 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>

76 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*, págs. 3-6. Master Thesis Erasmus Programme in Law and Economics, (2001) disponible en <http://rile.brinkster.net/Thesis/Krueger.pdf>

gracias a esa exigencia, que truncaba los deseos de las empresas de confesar. Actualmente, se tiene una lista sobre qué información y qué elementos de prueba las empresas deberán suministrar para clasificar para el programa y adelantar la respectiva investigación⁷⁷. No obstante, se señala que ese inventario es meramente ilustrativo, más no taxativo, pues se terminan modulando un poco para admitir otras pruebas⁷⁸.

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 absolución 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

77 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

78 “*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> Pág. 40.

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 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”⁷⁹.

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 irrefutables⁸⁰.

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

79 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 las 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/lvb/l26119.htm>

80 “[...]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

márgenes, se tendrá en cuenta la fecha en que fueron comunicados los elementos de prueba y el grado de valor añadido que comporten”⁸¹.

Por otro lado, debe hacerse una reflexión sobre el numeral 3 de los requisitos antes enlistados, éste prescribe la obligación de cooperar continuamente durante el transcurso de la investigación⁸². 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 otorgarán 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”⁸³. 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”⁸⁴.

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 cooperar⁸⁵.

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

81 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>

82 2006 Leniency Notice, article 26. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html

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

84 NICOLO ZINGALES, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008). Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1101803> P 62

85 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.

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 ésta, ya que sus declaraciones gozan de reserva en cuanto no serán ni públicas, ni divulgadas, es decir, no se trasladará la prueba a juicios civiles por daños y perjuicios.

3. 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 ha dado un paso importante al reformar su normativa sobre competencia con la Ley 1340 de 2009. Se incluyó el “**Artículo 14. Beneficios por Colaboración con la Autoridad**”; en el que precisamente, incluyó la institución en mención”⁸⁶. Por otro lado, también

86 Ley 1340 de 2009 Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, “Artículo 14. beneficios por colaboración con la autoridad. *La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación. Lo anterior, de conformidad con las siguientes reglas:*

es necesario señalar que en Colombia desde antes de la expedición de la reciente ley ha existido el ofrecimiento de garantías como medio anticipado de terminar una investigación⁸⁷ y eximirse de la multa imponible, pero no sería correcto asimilar dicha figura a los “programas de clemencia”, ya que, cada uno tiene rasgos propios bien diferenciados⁸⁸.

1. Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta. No podrán acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta.

2. La Superintendencia de Industria y Comercio 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 participación y el beneficio obtenido con la conducta ilegal.

b) La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración.

Artículo 15. reserva de documentos. *Los investigados por la presunta realización de una práctica restrictiva de la competencia podrán pedir que la información relativa a secretos empresariales u otro respecto de la cual exista norma legal de reserva o confidencialidad que deban suministrar dentro de la investigación, tenga carácter reservado. Para ello, deberán presentar, junto con el documento contentivo de la información sobre la que solicitan la reserva, un resumen no confidencial del mismo. La autoridad de competencia deberá en estos casos incluir los resúmenes en el expediente público y abrir otro expediente, de carácter reservado, en el que se incluirán los documentos completos.*

Parágrafo 1o. *La revelación en todo o en parte del contenido de los expedientes reservados constituirá falta disciplinaria gravísima para el funcionario responsable, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley.*

Parágrafo 2o. *La Superintendencia de Industria y Comercio podrá por solicitud del denunciante guardar en reserva la identidad de quienes denuncien prácticas restrictivas de la competencia, cuando en criterio de la Autoridad Única de Competencia existan riesgos para el denunciante de sufrir represalias comerciales a causa de las denuncias realizadas”.*

87 MAURICIO VELANDIA CASTRO, “Demanda de Inconstitucionalidad contra el decreto 2153 de 1992”, artículo 4 n° 12 y artículo 52 n° 4” (2008).

88 Véase JUAN DAVID GUTIÉRREZ R. “Amicus curiae – Intervención en la Demanda de inconstitucionalidad contra el D 2153 de 1992” (2008) y MAURICIO VELANDIA CASTRO, “Demanda de Inconstitucionalidad contra el Decreto 2153 de 1992”, artículo 4 n° 12 y artículo 52 n° 4” (2008)

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 persecutorio⁸⁹. 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 total⁹⁰.

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 Artículo 14. “Beneficios por colaborar con la autoridad” de la nueva ley.

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.

Colorario 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. En principio me inclinaría por seguir manteniendo únicamente el carácter administrativo

89 ALDO GONZÁLEZ. “La Delación Compensada o Amnistía en la Lucha Anti-Cárteles” (Chile Enero, 2007). Pág. 5 disponible en <http://econ.uchile.cl/public/Archivos/pub/8ca92c23-e188-4d46-9845-306999ffc174.pdf>

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

de las multas y no incluir una sanción criminal, al menos no en un corto plazo. Pero, estimo que no es absoluta la respuesta; y que esta posibilidad debería decidirse en el estudio detallado de la estructuración del programa de clemencia.

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 clemencia⁹¹. En cuanto a la claridad, ésta 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 confiable análisis costo-benéfico y el resultado de éste, moverá a las empresas 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.

91 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>

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. esta característica se aprecia en la posibilidad de inmunidad automática que se concede en el caso en que ninguna investigación haya comenzado. La transparencia es trascendental 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 éstos deben sobresalir sobre la imposición de la multa. Por otro lado, la transparencia también se manifiesta en el trato igualitario y justo que debe 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 SIC⁹². Es claro que la rigidez y los criterios inamovibles atentarían contra la eficacia del programa, pues tienden a reducir sustancialmente las aplicaciones para acogerse al programa, debido al no cumplimiento de requisitos no tan esenciales.

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.

92 Superintendencia de Industria y Comercio.

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 ésta 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 anticompetitiva⁹³.

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 de 2002. La posibilidad de conceder la inmunidad, aún después de que ya hay una investigación en curso, fue un rasgo extraño a los primeros

93 HANS-WILHELM KRÜGER, *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis* (2001), págs. 3-6.

programas de indulgencia⁹⁴. 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.

Multas severas⁹⁵

Las multas son un factor trascendental en el diseño de un programa de clemencia. Teniendo en cuenta el contexto colombiano con relación a las sanciones por violación de normas de la competencia, éste contempla multas irrisorias y los intentos por agravarlas han sido en vano.

94 Véase NICOLÒ ZINGALES, *European and American leniency programme: Two models towards convergence?* (2008). Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1101803> Pág. 39.

95 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”, pág. 2.

La cuestión se plantea de la siguiente manera: sanciones débiles y con poca regularidad producen una carga grande para influenciar la conducta de los agentes, pues en primer lugar éstos 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 clemencia⁹⁶.

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 UNCTAD⁹⁷, 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 severos⁹⁸.

96 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) pág. 3 disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/11/33/1935135.pdf>

97 Para la UNCTAD es necesario que las leyes de defensa de la competencia prevean multas suficientemente cuantiosas e incluso otro tipo de sanciones, pero sobre todo 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.

98 “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.

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 confesar o no la conducta perseguida. En este orden de ideas, unas multas fuertes, claras y bien estructuradas⁹⁹ contribuirán a la lucha contra los cárteles, disuadiendo su formación y estimulando a las empresas a acudir a las autoridades a delatar.

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 cómo los delatores al confesar se pueden estar exponiendo por revelaciones no autorizadas que muy seguramente los van a perjudicar.

Por lo tanto, es fundamental que un programa de clemencia estructure una política sería 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.

99 Véase ALFONSO MIRANDA 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 investigados. 6. 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

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 indemnizaciones.

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 objetivo para el cual fue recogida. De igual manera se debe garantizar un nivel de protección al derecho de defensa de personas¹⁰⁰. 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.

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

100 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> pág. 60.

parte del ensayo, como son: No Sanción criminal; la Claridad, certeza y transparencia; Distinción del momento; en que se decide cooperar con las autoridades; Multas severas y por último la protección a las empresas y confidencialidad de la información suministrada.

Asimismo, tampoco puede dejarse de lado el análisis de racionalidad económica, este es fundamental para diseñar tarifas óptimas e incentivos atractivos que permita 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 empresas en una competencia por quien acude primero a la autoridad y delata a las demás. 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. Surge, entonces, la necesidad de ampliar las expectativas y plantearse objetivos de largo plazo con relación al programa de clemencia. 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 una experiencia adicional y Colombia, que apenas incursiona en el tema, no tiene las herramientas técnicas para aplicarla correctamente.

En virtud de lo expuesto este ensayo, los programas de clemencia son vistos como una herramienta eficaz y efectiva para descubrir los carteles, que han traído innumerables perjuicios para la competencia. Las labores investigativas de la autoridad 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.

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 de la Ley 1340 de 2009, 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.

BIBLIOGRAFÍA

Antitrust Procedures and Penalties Act (Tunney Act de 1974) que fue reformado en 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, págs. 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 cartel.mht. Disponible en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/126119.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

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.
- GONZÁLEZ, ALDO, “*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>
- GUTIÉRREZ R., JUAN DAVID, “Tacit Collusion in Latin America: a comparative study of the competition laws and their enforcement in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panamá.
- GUTIÉRREZ R., JUAN DAVID, “*Amicus curiae – Intervención en la Demanda de inconstitucionalidad contra el D 2153 de 1992*” (2008).
- KRÜGER, HANS-WILHELM, *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis* (2001).
- MARTÍNEZ BLANCO, CAMILO, *Nuevo Régimen sancionatorio para empresas e integrantes*. Uruguay Noviembre 2007. Disponible en www.lideco.com/download/Competencia_colegio_contadores.ppt -
- Ley 1340 de 2009.
- MILLER, DAVID, *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>
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, *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
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO & GUTIÉRREZ, JUAN DAVID, *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 & DANIEL RUBINFELD, *Microeconomía*, tercera edición. Ed. Prentice-Hall (2002).
- POSNER, RICHARD A., *Oligopoly and the antitrust laws: a suggested approach*, 21 Stan. L. Rev. 1562, 1969.
- 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>,
- SAMUELSON, PAUL A. & NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, 14 edición, McGraw-Hill, España, 1993, 23 y ss.
- SANHUEZA P., RICARDO, “*Delación compensada, cárteles 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
- V GEORGIEV, GEORGE STEPHANO, *Contagious Efficiency: The growing reliance on U.S.-Style Antitrust settlements in EU law*. Utah law review (2007).
- TURNER, DONALD F. *Cooperation among Competitors*, 61 Nw. U. L. Rev. 865, 1967.
- VELANDIA CASTRO, MAURICIO, “*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>

SECCIÓN III

DEBATES

