

DIPOSITIVA 1

[ICN Curriculum Module II-2]

DIPOSITIVA 2

RICHARD WHISH: Hola a todos. Me llamo Richard Whish, soy profesor de Derecho de competencia en el King's College de Londres y voy a presentar el módulo de ICN (International Competition Network) sobre el programa y la política de clemencia. A lo largo de los próximos minutos, tendrán la oportunidad de escuchar también a funcionarios de los departamentos de defensa de la competencia de administraciones públicas de todo el mundo y podrán ver simulaciones de reuniones de cárteles.

Para empezar, definamos lo que entendemos por programa y política de clemencia. Clemencia es un término general que se refiere al mecanismo por el que una empresa que forma parte de un cártel queda total o parcialmente dispensada de la multa que, de otro modo, se le hubiera impuesto, a cambio de notificar su pertenencia a ese cártel a una autoridad de competencia.

Antes de seguir adelante, quizá convenga explicar la terminología que se utiliza en este campo en distintas partes del mundo.

A menudo oímos las palabras «informador» o «denunciante», que corresponden al inglés «whistleblower» y designan a la primera empresa que denuncia la existencia de un cártel a una autoridad de competencia. Es frecuente que la empresa denunciante quede exenta de toda multa, situación que a veces se denomina «amnistía», especialmente en los Estados Unidos. En Europa se prefiere hablar de «inmunidad», pero ambos términos, amnistía e inmunidad, son sinónimos en este contexto.

Muchos países rebajan las multas impuestas a las empresas que facilitan a las autoridades de competencia pruebas útiles sobre un cártel determinado, aunque no hayan sido las informadoras en sentido estricto (es decir, las primeras en revelar la existencia de dicho cártel). Se dice que esas empresas son objeto de «clemencia» en el sentido de que se les impone una multa inferior a la que les hubiera correspondido de no haber cooperado.

Para despejar toda duda: en este video hablaremos tanto de la inmunidad (dispensa total de las multas) como de clemencia (reducción de las multas). No obstante, cuando nos refiramos a los programas o la política de clemencia, haremos alusión tanto a la exención total como parcial.

DIPOSITIVA 3

RICHARD WHISH: Es importante determinar, en un primer momento, los principios clave de todo programa eficaz de clemencia. Hay actualmente un consenso bastante generalizado a este respecto. El primero de los principios es la necesidad de imponer sanciones severas a los miembros de los cárteles que no denuncien esa actividad a la autoridad de competencia. El segundo aconseja dejar

clara la alta probabilidad de que los participantes en cárteles que no denuncien su actividad colusoria a las autoridades de competencia sean descubiertos y sancionados. El tercero reclama que el programa de clemencia sea transparente y previsible para que la empresa comprenda exactamente los engranajes del proceso de presentación de una solicitud a una autoridad de competencia.

DIAPOSITIVA 4

RICHARD WHISH: ¿Cuáles son las ventajas de aplicar una política de clemencia? Conviene recordar que las autoridades de competencia no detectan con facilidad la existencia de cárteles. Las empresas que los integran (con vistas, por ejemplo, a la fijación de precios o al reparto de los mercados) son a menudo conscientes de que sus actividades son ilegales y que deben tomar precauciones para evitar ser detectadas.

Una política eficaz de clemencia ofrece a las empresas constituidas en cárteles incentivos para presentarse ante las autoridades de competencia e informarlas cumplidamente de las actividades que hayan llevado a cabo. Ello permite a la autoridad de competencia obtener información de primera mano, directa y privilegiada de las actividades que se han venido realizando, y a la empresa en cuestión la reducción o la dispensa de la multa que le correspondería. Se trata por lo tanto de una situación beneficiosa para todas las partes si significa que la autoridad de competencia puede sancionar a los demás miembros del cártel y la empresa solicitante de clemencia conseguir una remisión total o parcial.

Merece la pena añadir que la mera existencia de una política de clemencia puede desestabilizar al cártel. Al fin y al cabo, si la política de clemencia funciona bien en la práctica, la autoridad de competencia detectará y sancionará a un mayor número de cárteles; aumentará el efecto disuasorio de la ley, pues quedará patente que los cárteles son detectados y reprimidos, lo que generará un aumento de la competencia –o, visto desde otra perspectiva, una disminución del número de cárteles– con todas las ventajas que ello conlleva: precios más bajos, mejor servicio, mayor innovación y mayores posibilidades de elección para los consumidores.

Veamos ahora una reunión ficticia de un cártel.

DIAPOSITIVA 5

[En una reunión]

MIEMBRO DE CÁRTEL A (Alexander): Estoy seguro de que llegará de aquí a cinco minutos. Ah, mira, ahí viene. ¡Peter! ¡Cuánto me alegro de que hayas podido venir! ¡Muchas gracias! Pasa por aquí, por favor.

MIEMBRO DE CÁRTEL B (Peter): No sabéis cuánto lo siento. Mi avión ha llegado con muchísimo retraso.

MIEMBRO DE CÁRTEL A (Alexander): No te preocupes. Gracias a todos por vuestra paciencia. Bueno, entremos en materia. He hablado con Jeff en Johannesburgo hace poco y la situación es muy preocupante. Los precios de las materias primas han vuelto a subir y sufrimos un grave exceso de capacidad.

MIEMBRO DE CÁRTEL C: Mal asunto.

MIEMBRO DE CÁRTEL B (Peter): Sí, y además nuestros clientes nos están enfrentando unos contra otros para conseguir los mejores precios. La presión es tremenda.

MIEMBRO DE CÁRTEL A (Alexander): No creo que podamos seguir manteniendo esta situación mucho más tiempo. Tenemos que detenernos y volver a contemplar nuestra solución anterior.

MIEMBRO DE CÁRTEL B (Peter): ¿Puedes ser algo más preciso...?

MIEMBRO DE CÁRTEL A (Alexander): Subimos todos nuestros precios de forma global y, además, dejamos de abordar a los clientes de los demás y nos mantenemos cada uno en nuestro propio territorio. Teníamos un acuerdo a este respecto y estaba funcionando. Hasta que empezamos a robarnos los clientes unos a otros.

MIEMBRO DE CÁRTEL B (Peter): ¿Tienes cifras exactas?

MIEMBRO DE CÁRTEL A (Alexander): Sí. Si queremos mantener nuestro margen de beneficios actual, tenemos que subir el precio final al menos en un promedio del 3%. ¿Todo el mundo de acuerdo? Si quedamos en esto, recordad que sólo funciona si somos disciplinados y no tratamos de captar a los clientes de los demás.

Propongo por lo tanto un aumento del 2% en Europa, el 4% en Asia, el 3% en las Américas y el 2% en África.

MIEMBRO DE CÁRTEL A (Alexander): Bueno, pues si estamos todos de acuerdo, propongo que empecemos el mes que viene. Para no levantar sospechas, sugiero que hagamos lo mismo que la otra vez: empiezo yo y vosotros me seguís dos semanas más tarde.

Tenemos que mantenernos en contacto, así que propongo que volvamos a reunirnos el mes que viene para ver si esta solución funciona. En caso de dudas, llamaos a los móviles pero ¡nada de emails! Mejor no dejar rastro ni de esta conversación ni de nuestro acuerdo...

[En la habitación del hotel]

MIEMBRO DE CÁRTEL A (Peter): No, no, estoy bien, sólo un poco preocupado, Alex acaba de sugerir que todos subamos los precios otra vez.

Sí, casi de inmediato, algo parecido a lo que ya hicimos la otra vez...

Te confieso que no me siento muy cómodo con este acuerdo. Es algo siempre muy arriesgado... Me parece que voy a llamar a los abogados....

Bueno, llegaré a tiempo mañana. Sí, te lo prometo. Un beso...

RICHARD WHISH: Evidentemente, es para toda empresa un paso gigantesco decidirse a denunciar la existencia de un cártel a una autoridad de competencia. Antes de llegar a ese punto, tiene en cuenta toda una serie de ventajas e inconvenientes; la principal ventaja es la esperanza de inmunidad total respecto de cualquier sanción.

[En un despacho de abogados]

MIEMBRO DE CÁRTEL B (Peter): ¿Esto es ilegal?

ABOGADA: Sí, puede meterse en un buen lío. Lo que acaba de describir es un cártel, una infracción de las leyes de competencia, y es posible que en muy poquito tiempo los organismos de defensa de la competencia estén investigando sus prácticas. Puede caerle una multa bastante fuerte, por no hablar de la posibilidad de que se le abra una investigación personal que, según la amplitud del cártel, podría desembocar en una sentencia a una pena de cárcel...

MIEMBRO DE CÁRTEL B (Peter): Pero yo no he sido el inductor....

ABOGADA: A las autoridades eso les es indiferente. Usted ha participado en un cártel y con eso basta.

MIEMBRO DE CÁRTEL B (Peter): Es posible que la situación se me haya ido un poco de las manos. ¿Qué puedo hacer ahora?

ABOGADA: Tendríamos que determinar a qué jurisdicciones afecta el cártel y, por consiguiente, qué autoridades podrían estar interesadas en investigarlo. Entre tanto, puede solicitar clemencia y, de ese modo, conseguir una reducción de la multa y, si es el primer miembro del cártel en manifestarse, una dispensa total de la misma. No obstante, su empresa debe decidir lo antes posible si le conviene tomar esa iniciativa, ya que el tiempo corre verdaderamente en su contra.

RICHARD WHISH: Para poder acogerse a la inmunidad, es fundamental que la empresa en cuestión sea la primera en llamar a la puerta de la autoridad de competencia. La segunda condición es que coopere totalmente y sin reservas durante todo el proceso.

Conviene, sin embargo, formular una advertencia: bajo algunas jurisdicciones, las empresas que hayan coaccionado a otras para que se incorporen a un cártel o que hayan actuado como instigadoras del mismo pierden todo derecho a la inmunidad.

DIPOSITIVA 6

ERIC VAN GINDERACHTER (Director, Dirección de Carteles, DG COMP): El régimen de clemencia de la UE se introdujo en 1996, modificándose posteriormente en 2002 y 2006. Las condiciones vigentes para conceder la inmunidad respecto de las multas se determinan claramente en una Comunicación de la Comisión de 2006 (la llamada Comunicación de Clemencia).

Según la Comunicación de Clemencia, toda empresa aspirante a la inmunidad debe:

En primer lugar, ser la primera empresa en presentar información y pruebas sobre un cártel que afecte a la UE.

En segundo lugar, facilitar información que a) permita a la Comisión llevar a cabo inspecciones selectivas relacionadas con el cártel, o b) permita a la Comisión demostrar la existencia de una infracción de la normativa Europea antitrust,

En tercer lugar, revelar su propia participación en dicho cártel.

Es extremadamente importante que el miembro del cártel sea el primero en comparecer ante la Comisión para brindarle su cooperación puesto que las empresas que se vayan presentando sucesivamente sólo pueden acogerse a reducciones de las multas y no a la total dispensa de las mismas.

En efecto, la experiencia ha demostrado que conceder inmunidad plena únicamente a la primera empresa puede crear una dinámica que desestabilice a los cárteles y desencadene entre sus miembros una carrera para revelar su comportamiento a las autoridades. Este fenómeno se refleja asimismo en el éxito del régimen de clemencia de la Comisión, que propicia que una importante proporción de las investigaciones sean provocadas por las solicitudes de inmunidad.

Antes de examinar más de cerca los distintos supuestos de inmunidad y las condiciones que deben cumplirse para poder acogerse a esa posibilidad, conviene subrayar que la inmunidad ofrecida por la Comisión se refiere a las sanciones administrativas a las empresas, lo que es lógico habida cuenta de que es el único tipo de sanción que la Comisión puede imponer.

El programa de clemencia de la Comisión contiene dos umbrales probatorios diferentes para la concesión de inmunidad que dependen del momento de presentación de la solicitud, un factor crucial. La inmunidad puede concederse si el miembro del cártel aporta información privilegiada sobre el cártel en una fase en la que la Comisión carezca de datos suficientes para organizar una inspección.

En ese supuesto, el solicitante de inmunidad debe aportar a la Comisión información que permita a esta llevar a cabo una «inspección adecuadamente orientada», es decir, información precisa acerca de lo que hay que buscar, dónde y ante quién.

Según la Comunicación, se trata de una evaluación *ex-ante*, de forma que el éxito de la investigación consiguiente o la propia realización de la investigación son irrelevantes: la evaluación se llevará a cabo exclusivamente sobre la base del tipo y la calidad de la información facilitada por el solicitante.

No obstante, al preparar su solicitud de inmunidad, el solicitante debe además abstenerse de adoptar medidas que puedan comprometer la buena ejecución de las inspecciones. Los servicios de la Comisión tienen la práctica de discutir con el solicitante los pormenores de la recogida y la presentación de información y pruebas. En esas reuniones, los solicitantes tienen la oportunidad de plantear cualquier duda acerca, por ejemplo, de los umbrales de inmunidad pero también de los pasos que se proponen dar para recoger pruebas y que podrían despertar sospechas entre los demás miembros del cártel.

Después de las inspecciones, la inmunidad puede también concederse cuando la Comisión ya haya llevado a cabo una inspección en relación con el supuesto cártel o cuando las pruebas que obren en poder de la Comisión sean ya suficientes.

En ese caso, el solicitante ha de aportar datos y pruebas que permitan a la Comisión determinar la existencia de una infracción; el umbral aplicable a esos datos es elevado y corresponde al requerido para que la Comisión adopte una decisión de infracción; es, por consiguiente, mucho más elevado que el correspondiente a la situación previa a la inspección.

En la práctica, la inmunidad suele concederse en el primero de los supuestos, es decir, antes de que hayan comenzado las investigaciones.

RICHARD WHISH: Sabemos ya que para poder acogerse a la inmunidad, una empresa debe ser la primera en llamar a la puerta de una autoridad de competencia. Hemos averiguado también que, por ejemplo, en la Unión Europea, es fundamental que las empresas faciliten a la Comisión pruebas que permitan a esta abrir una investigación o adoptar una decisión de infracción.

Hemos visto también que los solicitantes de clemencia deben cumplir toda otra serie de obligaciones, una de las cuales es la aportación de pruebas. La forma de aportarlas puede variar de un país a otro, pero podemos destacar una serie de características generales.

DIAPPOSITIVA 7

DIOGO THOMSON DE ANDRADE (Superintendencia General, autoridad brasileña a de la competencia): El tipo de información que los interesados deben facilitar es una cuestión sumamente interesante para las autoridades de todo el mundo, ya que a menudo ni los solicitantes ni sus abogados disponen de información completa sobre su comportamiento en el momento de presentar la solicitud. En todo caso, deben actuar con diligencia y prontitud para asegurar, en primer lugar, la obtención del indicador, en segundo lugar (a fin de conservar el indicador), la aportación de la información requerida; y por último, la firma del acuerdo.

¿Qué deben, por lo tanto, presentar a la autoridad? Una vez que se dispone de la información, es preciso remitirla inmediatamente a la autoridad, incluso se si alberga algún tipo de duda sobre su pertinencia para el caso. Resulta útil facilitar a la autoridad los datos que revestían mayor importancia cuando la empresa decidió suscribir el acuerdo de cártel.

Por ejemplo, la información a aportar es la siguiente:

- ¿De qué producto, mercado y tipo de comportamiento se trata?
- ¿Qué empresas o competidores participaron en ese comportamiento?
- ¿Quién estaba presente en las reuniones y quién era responsable de entrar en contacto con otras empresas?
- ¿Qué beneficios reporta el cártel?
- ¿Qué sanciones recaen sobre las empresas que no cumplen los acuerdos?
- ¿Quién era responsable del control de cumplimiento del acuerdo y por qué no lo han respetado otras empresas?
- Cómo ha evolucionado el comportamiento?

Una vez facilitada la información, es crucial que el solicitante disponga de medios de prueba al respecto. ¿En qué pueden consistir? Pueden aportarse a la autoridad informes escritos sobre los acuerdos, actas de reuniones, pruebas de las reuniones (como reservas de restaurantes, cuentas de agencias de viajes, cuadernos de apuntes, tarjetas de visita profesionales, etc.) o pruebas de las conversaciones mantenidas y las decisiones adoptadas por el cártel, como grabaciones de las conversaciones, testimonios, etc.

DIPOSITIVA 8

RICHARD WHISH: Incluso después de que a una empresa se le haya concedido la inmunidad condicional, deberá seguir brindando una cooperación absoluta y sin reservas. No basta con «levantar la liebre» y echarse a dormir. Desde el punto de vista de las autoridades de competencia, la continuidad de la cooperación es un factor muy importante.

[¿Cual es el papel del solicitante de inmunidad a lo largo de la investigación?]

COMISION DE COMPETENCIA DE SUDAFRICA: Una vez presentada la correspondiente solicitud, la inmunidad puede concederse condicionalmente a cambio de la total cooperación del solicitante durante las fases de investigación y enjuiciamiento del cártel. La inmunidad definitiva sólo se obtiene al final de esos procesos. Es importante que se establezca una relación de confianza entre el solicitante de inmunidad y la autoridad de competencia, especialmente después de la concesión de la inmunidad condicional.

Recordemos que el mismo concepto de cooperación es bastante indeterminado: en todo caso, se espera que el solicitante de inmunidad brinde una cooperación sincera y expeditiva.

La cooperación puede adoptar múltiples manifestaciones y no es posible elaborar una lista exhaustiva; cada caso debe juzgarse de forma independiente y conforme a los requisitos de cada jurisdicción nacional.

Destaquemos ahora los elementos más importantes que son en su mayoría universales; la regla general más relevante es que el solicitante de inmunidad debe abstenerse de toda conducta que pueda entorpecer la investigación y la persecución del cártel y, en caso de duda, debe consultar a la autoridad de competencia.

Esto significa, entre otras cosas, que el solicitante no debe revelar a terceros –incluidos otros miembros del cártel– su solicitud de inmunidad. En caso de que el solicitante se vea obligado a informar a otros organismos (por ejemplo, cuando la revelación sea una exigencia de la Bolsa de valores), el solicitante debe informar a la autoridad de competencia de la existencia de tales obligaciones. En la fase inicial, la autoridad de competencia podrá obligar al solicitante que cese de inmediato su actividad colusoria o autorizar el mantenimiento de la misma si tal interrupción pudiera poner sobre aviso a otros miembros del cártel. Para poder cumplir sus obligaciones, el solicitante debe garantizar la plena cooperación de sus empleados durante todo el proceso.

El solicitante de inmunidad no debe destruir, falsificar ni ocultar información o documentos referentes a la actividad del cártel.

Tampoco puede tergiversar los hechos esenciales de la actividad del cártel ni actuar de mala fe.

Si bien cada autoridad de competencia puede enfocar de manera ligeramente distinta el concepto de cooperación continua, puede citarse toda una serie de indicadores prácticos como, por ejemplo:

- Acudir a las reuniones y las entrevistas con la autoridad de competencia
- Presentar declaraciones, pruebas, documentos e información;
- Descodificar y explicar las abreviaturas, acrónimos y códigos que puedan haber empleado los miembros del cártel;
- Acceder a las peticiones de pruebas, documentos e información suplementarios;
- Llevar a cabo sus propias investigaciones internas y notificar los resultados de estas a la autoridad de competencia;
- Presentar los testigos oportunos y localizar a los que hayan salido de la empresa desde que sucedieron los hechos, y
- Ofrecer un testimonio veraz durante la investigación y el procedimiento.

En conclusión: el deber más importante del solicitante es cooperar en la medida de sus posibilidades y de buena fe.

DIAPOSITIVA 9

RICHARD WHISH: Al establecer un programa de clemencia, es importante fijar reglas sensatas y eficaces, acerca, por ejemplo, del tipo de pruebas que deben aportarse y de la necesidad de una cooperación absoluta y sin reservas. Al mismo tiempo, es también importante asegurarse de que los aspectos procedimentales del programa de clemencia se fijen tras una detenida reflexión. Los solicitantes potenciales de clemencia deben saber exactamente cuáles son los procedimientos que han de seguir. Es necesario considerar, desde el punto de vista de la autoridad de competencia, si es necesario establecer un sistema de «indicadores» y, en caso afirmativo, como esos indicadores pueden perfeccionarse. También hay que determinar si las empresas deben ser autorizadas para presentar solicitudes «hipotéticas» sobre posibles cárteles. Otra cuestión por determinar es la forma en que deben realizarse las solicitudes de clemencia y, en particular, si deben presentarse por escrito o verbalmente.

[Inmunidad – Procedimiento de solicitud]

MARCUS BEZZI (Comision australiana de competencia y consumidores): Quisiera a continuación exponer algunos procedimientos comunes para la presentación de solicitudes de inmunidad o clemencia.

Hablemos en primer lugar de las solicitudes hipotéticas: numerosas agencias, incluida la ACCC, animan a los interesados a ponerse en contacto con la agencia desde una perspectiva hipotética, es decir, a inquirir si, de existir el cártel, podrían solicitar la inmunidad en relación con el mismo.

Las agencias no pueden confirmar ni desmentir la existencia de una investigación sobre determinado comportamiento cartelístico pero pueden indicar a los posibles solicitantes si está disponible un indicador de «primer llegado» en relación con el mismo.

La mayor parte de las agencias utiliza un sistema de indicadores. El indicador concede a los solicitantes un plazo limitado que les permite reunir la información necesaria para demostrar que cumplen los requisitos de la inmunidad condicional. En tanto una persona ostente el indicador correspondiente a un comportamiento cartelístico determinado, ningún otro participante en el mismo cártel puede ocupar su lugar en la «cola de la inmunidad», ni siquiera otra capaz de cumplir todas las condiciones de forma inmediata. Esto significa que el interesado no tiene que haber compilado un expediente completo sobre el cártel para ser el primero en la cola. Tras la obtención del indicador, se presenta la solicitud de inmunidad condicional o de clemencia. Cuando un solicitante decide presentar una aplicación de inmunidad plena, la concesión de la inmunidad plena y permanente puede condicionarse, en primer lugar, al hecho de que el solicitante sea el primero de la lista, en segundo lugar a que ofrezca una cooperación absoluta y sin reservas y en tercer lugar a que haga cuanto esté en su mano para recabar la cooperación de todos los directores, administradores y

empleados. Por último, no deberá haber coaccionado a otros para que participen en el cartel ni haber sido el instigador claro del mismo.

En resumen, estas son las fases del procedimiento común de concesión de clemencia o inmunidad:

- En primer lugar, ponerse en contacto con la agencia y solicitar un indicador.
- En segundo lugar, presentar una solicitud formal de inmunidad en el plazo requerido
- A continuación, la solicitud será avalada por la agencia.
- Cuando se trate de jurisdicciones con un fiscal para asuntos penales, la agencia le presentará sus recomendaciones.
- Por último, la decisión de conceder o denegar la solicitud se adoptará y se comunicará al solicitante.

Podemos ya, por lo tanto, resumir los requisitos que debe reunir toda empresa que desee solicitar la inmunidad:

- Ser la primera en acudir a la autoridad de competencia.
- Brindar una cooperación absoluta y sin reservas a lo largo de todo el proceso.
- Aportar a las autoridades de competencia las pruebas que necesiten para sus fines.

DIPOSITIVA 10

RICHARD WHISH: Es obvio que al estudiar la posibilidad de presentar una solicitud de clemencia, toda empresa actúa bajo la fuerte presión de las sanciones que podrían recaer sobre ella de descubrirse su infracción de la ley. A mayor gravedad de las sanciones, mayor incentivo para destapar la situación.

Las sanciones pueden variar de una jurisdicción a otra, pudiendo llegar a afectar significadamente al contenido del programa de clemencia. Observemos primero lo que sucede en Australia y, después, en los Estados Unidos.

DIPOSITIVA 11

[Inmunidad sobre las multas en un cartel y multas en Australia]

MARCUS BEZZI: Me gustaría hoy abordar tres aspectos de esta cuestión: las penas que corresponden a la infracción de las leyes anticárteles australianas, las vías de que disponen las personas físicas y jurídicas para obtener inmunidad frente a la justicia y los métodos de cooperación entre los empleados y los investigadores de los cárteles.

En primer lugar, trataré de explicar las sanciones penales y civiles que pueden imponerse a las personas físicas en Australia.

Las personas físicas y jurídicas son responsables civil y penalmente por su participación en prácticas cartelistas en mercados que afecten a los ciudadanos, las empresas y los consumidores australianos. Por lo que respecta a las personas jurídicas, los delitos de colusión desleal son punibles con una pena de prisión de hasta diez años y con multas de hasta 220 000 dólares australianos por contravención. De conformidad con las leyes civiles, las personas físicas son punibles con multas de hasta 500 000 dólares por contravención.

Las empresas pueden verse enfrentadas a multas de hasta 10 millones de dólares, un importe equivalente a tres veces las ganancias que hayan obtenido o un 10 % de su volumen de negocios, si esta cifra es más elevada. Las personas físicas pueden quedar inhabilitadas para la gestión de una empresa si se descubre que han infringido las disposiciones anticártel.

La ley contempla además toda una serie de medidas correctivas como la indemnización de las víctimas de los cárteles, acciones de cesación, publicidad negativa derivada de sentencias judiciales y demás órdenes que puedan dictar los Tribunales. La ACCC aplica dos políticas en relación con las partes que cooperan en los asuntos civiles: la política de inmunidad ofrece inmunidad condicional a los primeros solicitantes que reúnan los requisitos preceptivos y cooperen con la ACCC. La inmunidad condicional se aplica a los procesos civiles abiertos a instancia de la ACCC.

La ACCC recibe todas las solicitudes de inmunidad y clemencia. Es responsable de adoptar decisiones que permiten conceder la inmunidad respecto de los procesos civiles por prácticas colusorias de conformidad con la política de inmunidad, y clemencia respecto de los procesos civiles ejecutorios con arreglo a la política de cooperación.

El CDDP (*Commonwealth Director of Public Prosecution* o Fiscal General de la Commonwealth) es responsable de conceder la inmunidad respecto de los procesos penales por delitos de colusión. La decisión del CDPP se basa en una recomendación de la ACCC.

La política de cooperación de la ACCC se aplica de manera más general a las actividades de competencia y protección de los consumidores de la ACCC. Por lo general, la política de cooperación sólo se aplica a las cuestiones ejecutorias de la ACCC en el ámbito de los cárteles si una de las partes goza de inmunidad con arreglo a la política correspondiente. Los solicitantes segundo y siguientes podrían acogerse a un trato de clemencia al amparo de la política de cooperación.

Actualmente, el Derecho australiano prohíbe a las empresas indemnizar a los empleados por las multas que se les impongan como consecuencia de su participación en comportamientos colusorios. La solicitud de inmunidad concedida por la ACCC a una empresa se ampliará a todo director – presente o pasado–, administrador o empleado de esa empresa que también la solicite. Esos particulares deben también cumplir los requisitos preceptivos con arreglo a nuestra política. La ACCC también puede conceder la inmunidad derivada a las empresas total o parcialmente situadas bajo el control o la propiedad del solicitante de inmunidad.

La inmunidad derivada concedida a una persona física, como un director, un administrador o un empleado de la empresa se mantiene incluso si salen de la misma. No obstante, si alguna persona incumple sus obligaciones, la ACCC puede revocar su inmunidad. La ACCC puede utilizar esa declaración a título informativo en cualquier acción civil contra esa persona.

DIPOSITIVA 12

[Inmunidad sobre las multas en un cartel y multas en Estados Unidos]

GARY SRATLING (Socio en Gibson, Dunn & Crutcher LLP): En el escenario internacional de la legislación anticártel, una notable diferencia entre las distintas jurisdicciones la marca la posibilidad de que las personas físicas tengan responsabilidad personal, concretamente, penas de prisión, como consecuencia de su comportamiento cartelístico. De hecho, es muy posible que esta sea la principal diferencia restante entre las jurisdicciones que califican ese tipo de conductas como una grave infracción de la ley, diferencia que incide en la amplitud, el funcionamiento y la estructura de incentivos de las políticas de clemencia.

Conforme a la ley de los Estados Unidos, las personas físicas declaradas culpables de comportamientos colusorios pueden sufrir penas de hasta 10 años de cárcel y una multa de hasta 1 millón de dólares. Si bien el año pasado, por una combinación de razones, se registró una reducción del número y la duración de las condenas de prisión por violación de la legislación anticártel en los Estados Unidos, la tendencia general observada en los últimos años refleja la voluntad de perseguir penalmente a las personas físicas: con un mayor número de encausados y penas de reclusión más largas y frecuentes.

La política de clemencia del Departamento de Justicia ofrece el nivel más elevado de protección a las empresas y sus empleados que opten por autoincriminarse respecto de una infracción antes de que se haya abierto la investigación: las personas físicas quedan libres de todo enjuiciamiento penal y, por lo tanto, de condena y la empresa de cualquier tipo de multa; quedan asimismo libres de enjuiciamiento todos los directores, administradores y empleados de la empresa que admitan su participación en la actividad ilegal con sinceridad y sin reservas y que cooperen plena y continuamente con la División de Defensa de la Competencia a lo largo de toda su investigación.

Si la amenaza de penas de prisión para los ejecutivos de las empresas es el principal factor disuasorio respecto de las prácticas colusorias, la promesa de inmunidad frente al enjuiciamiento penal y al encarcelamiento es para esos ejecutivos el incentivo principal para dar un paso hacia delante y autoincriminarse.

Para concluir: en mi experiencia tanto en la administración pública como en el ejercicio de la abogacía particular, las premisas de la División de Defensa de la Competencia (Antitrust Division) se han justificado una y otra vez.

Tanto para las empresas como para los particulares, la amenaza de penas de prisión es un elemento decisivo para que las organizaciones y los individuos se tomen más en serio la necesidad de evitar las prácticas colusorias o, si esa conducta ya se ha producido, se planteen la posibilidad de acogerse a la política de clemencia para dar un paso adelante y denunciar la conducta con la esperanza -en el caso de los ejecutivos- de evitar la cárcel.

DIPOSITIVA 13

[En un despacho de abogados]

MIEMBRO DE CÁRTEL B (Peter): Tras sopesar los pros y los contras de la situación, mi empresa ha decidido que debemos lanzarnos y solicitar la inmunidad inmediatamente.

ABOGADA: Bien. Sí, eso estaría bien. De acuerdo. Vamos a comprobar si la opción de inmunidad sigue disponible y, en ese caso, presentar una solicitud de indicador.

MIEMBRO DE CÁRTEL B (Peter): Perdón, pero hay una cosa que no me ha quedado del todo clara. Aunque me lo ha explicado todo muy detalladamente, le agradecería que me repitiese lo siguiente: ¿qué sucede si la información que enviamos a las autoridades de un país es remitida por estas a las autoridades de otro país? ¿Cómo cooperan esas autoridades entre sí?

RICHARD WHISH: Efectivamente, las autoridades de competencia cooperan entre sí –en la medida en que la ley se lo permite– en la lucha contra los comportamientos colusorios internacionales. La actividad de numerosos cárteles es internacional, por lo que es inevitable que más de una autoridad de competencia tenga interés en intervenir contra un mismo cártel.

La cooperación puede ser especialmente valiosa si puede tener lugar antes de la organización de inspecciones inopinadas ante los supuestos miembros del cártel.

La Unión Europea ha establecido mecanismos formales de cooperación con una serie de autoridades de competencia (por ejemplo, las de Estados Unidos, Canadá, Corea y Japón) para la ejecución de las normas internacionales de competencia.

DIPOSITIVA 14

[Cooperación entre las autoridades de competencia – estrategia de investigación coordinada]

TAKIJIRO KONO (autoridad de la competencia japonesa): En los supuestos de cártel internacional, no es infrecuente que una empresa presente una solicitud de inmunidad de forma simultánea a las autoridades de diversas jurisdicciones. En esos casos, puede establecerse una cooperación entre las distintas autoridades de competencia.

Una de las modalidades típicas de esta cooperación es el diseño conjunto de la estrategia de investigación. Mientras la investigación todavía se mantiene secreta, las autoridades de competencia insisten mucho en la necesidad de recoger y conservar un máximo de pruebas, impidiendo al mismo tiempo que los participantes en el cártel las destruyan.

Las autoridades de competencia intercambian ideas sobre, entre otros extremos, la fecha, la hora, las personas y los lugares donde se llevan a cabo las investigaciones. La plena eficacia de este tipo de procedimientos puede exigir el intercambio de información facilitada por el solicitante de inmunidad. En esa fase, la autorización proporcionada por el solicitante desempeña un importante papel. La autorización otorgada a una autoridad de competencia por el solicitante de inmunidad permite a esa autoridad comunicar a otras autoridades no sólo la identidad de dicho solicitante, sino también toda información específica que el mismo suministre.

En términos generales, la falta de tal autorización impide a las autoridades de competencia disponer libremente de la información, puesto que tanto la identidad del solicitante como la información específica por él facilitada se consideran secretas para la empresa en muchos casos.

La violación de la obligación de confidencialidad está sujeta a sanciones penales o administrativas en muchas jurisdicciones. Es cierto que, sin la autorización, las autoridades de competencia podrían intercambiar información general, como las principales características de la supuesta infracción, dado que ese tipo de información no se considera un secreto para la empresa. No obstante, también es cierto que, en bastantes casos de cárteles internacionales, muy probablemente el éxito de la investigación requiera más que ese intercambio de información general. Me gustaría por lo tanto recalcar que la autorización otorgada por el solicitante de inmunidad desempeña un papel crucial en la fase previa a la inspección.

Por último -aunque no menos importante-, conviene decir que una vez obtenida la inmunidad de las autoridades de competencia responsables, la cooperación entre autoridades no debilita en ningún caso la posición del solicitante. En otras palabras, nunca se debe socavar la posición del solicitante.

DIPOSITIVA 15

RICHARD WHISH: Conviene además añadir que, dentro de la Unión Europea, existe un sistema de cooperación entre la Comisión y todas las autoridades nacionales de competencia dentro de la Red Europa de Competencia.

[Cooperación en la Red Europa de Competencia]

BRUNO LASSERRE (autoridad de la competencia en Francia, *Autorité de la Concurrence*): Como ya saben, la lucha contra los cárteles es para la mayor parte de los miembros de la Red Europea de Competencia -por no decir para todos ellos- una máxima prioridad. Los miembros de la REC comprendieron muy pronto que la puesta en común de todas las pistas europeas era un método eficaz

para detectar los casos de cártel de dimensiones europeas. El caso «Car glass» de 2008 es uno de los ejemplos más convincentes.

Entre todos los instrumentos de que disponen las autoridades de competencia, los programas de clemencia han desempeñado un papel clave y de creciente importancia. Hace diez años, sólo cuatro de los miembros de la REC disponían de un programa semejante. Actualmente, 26 de ellos lo han adoptado.

La adopción de programas de clemencia ha sido objeto de un decidido apoyo político a los niveles tanto nacionales como europeo, lo que ha provocado indirectamente su convergencia y su coherencia. El Programa modelo de clemencia de la REC de 2006 fue elaborado por la autoridad de competencia francesa con la inestimable ayuda de la *Office of Fair Trading* (Autoridad de Defensa de la Competencia) del Reino Unido.

Este Programa modelo de clemencia ayuda a evitar discrepancias entre los programas nacionales mediante la creación de un marco de principios sustantivos y procedimentales que asegura la tramitación armonizada de las solicitudes en toda Europa, lo que, a su vez, fomenta la presentación de solicitudes a escala nacional. Ahora bien, la situación actual dista bastante de ser ideal y se requieren nuevas mejoras. Por ejemplo, en los casos que afectan a múltiples jurisdicciones y son desencadenados por las solicitudes de clemencia presentadas ante la Comisión Europea o ante una o varias autoridades de competencia, la reasignación de los expedientes es una cuestión delicada puesto que cada miembro de la REC tratará de mantener su posición en relación con el solicitante y el atractivo de su propio programa de clemencia. Es preciso prestar una especial atención al intercambio de información relativa a las solicitudes de clemencia.

Otro aspecto de esta cuestión es el procedimiento de solicitud simplificado. Se trata de un impreso de solicitud de clemencia abreviado que puede dirigirse a las autoridades nacionales de competencia en virtud del programa de módulos de la REC cuando se presente una solicitud de clemencia, principalmente a la Comisión Europea. Su objetivo es preservar la posición de los solicitantes de clemencia a nivel nacional mientras se adopta una decisión acerca de la asignación del expediente entre los niveles europeo y nacionales. Actualmente, la mayor parte de las autoridades de competencia utilizan estas solicitudes simplificadas. No obstante, este mecanismo no es aplicable a todos los tipos de reasignaciones, y se trata de una deficiencia que estamos tratando de subsanar.

Los miembros de la REC reflexionan también sobre las formas de coordinar las leyes nacionales para impedir más eficazmente que los documentos relativos a la clemencia sean revelados por terceros. Pero se trata de una cuestión que deberá decidirse en último término a escala nacional. Examinando la cuestión con cierta perspectiva, puede decirse que la UE ha puesto en marcha un sistema moderno, coherente y eficaz de programas de clemencia. Haremos todo cuanto esté en nuestra mano por mejorarlo aún más en el futuro. Pero repito que, echando la vista atrás, estoy convencido de que este logro común es uno de los mejores ejemplos de un mecanismo de cooperación próspero y fructuoso.

RICHARD WHISH: Hemos pasado revista a algunos de los aspectos más importantes que los miembros de la Red Europea de Competencia tienen que considerar. Como es lógico, pueden citarse otros.

Uno de ellos, por ejemplo, es la compleja relación existente entre los sistemas que penalizan la cartelización de los mercados y los llamados sistemas administrativos, como el de la Comisión Europea, que recurren a un modelo administrativo para hacer aplicar las leyes contra esas prácticas;

Otra cuestión complicada es la relación existente entre las normas que reclaman la aplicación de la ley contra los cárteles y las acciones civiles por daños y perjuicios iniciadas por las víctimas de esos cárteles.

Examinemos ahora otra faceta de este tema. La mayor parte de las autoridades de competencia que investigan a los cárteles inician el proceso con una inspección sorpresa.

[Inspección sorpresa en la empresa del miembro del cartel A]

ABOGADO (del miembro de cartel A): Esta inspección se lleva a cabo porque se sospecha que su empresa forma parte de un cartel... Soy su abogado y tienen que contármelo todo.

MIEMBRO DE CÁRTEL A (Alexander): Bueno, como es lógico hablamos con frecuencia... nos encontramos constantemente en las conferencias y eso...Es un entorno bastante cerrado.... Y sí, es verdad que hemos hablado de los precios...

ABOGADO (del miembro de cartel A): En tal caso, le puede interesar cooperar con la autoridad de competencia. Tengo que comprobarlo, pero estoy casi seguro de que la inmunidad total ya no está disponible... Aun así, la cooperación podría suponerle una reducción de la multa.

DIAPPOSITIVA 16

RICHARD WHISH: Hasta el momento, hemos hablado casi exclusivamente de la inmunidad y de las situaciones en las que una empresa queda totalmente exenta de toda sanción como contrapartida por revelar la existencia de un cartel a las autoridades de defensa de la competencia. No obstante, conviene tener presente que pueden darse circunstancias que permitan a una empresa obtener, a cambio de cooperación, una reducción de la multa aunque no obtenga la inmunidad total.

En principio, las obligaciones de los solicitantes de clemencia que aspiran a una reducción de la multa son similares a las de los solicitantes de inmunidad total. No obstante, es importante examinar detenidamente las reglas de todo sistema concreto para saber con exactitud las ventajas a las que pueden aspirar los solicitantes de clemencia.

Escucharemos ahora a los ponentes de la Unión Europea, Japón, los Estados Unidos y Alemania para apreciar las características específicas de cada sistema y los métodos empleados para determinar las reducciones de las multas.

DIAPOSITIVA 17

[Reducción de multas – perspectiva de la Union Europea]

KRIS DEKEYSER (Comisión Europea): De conformidad con la Comunicación de Clemencia de la Comisión de 2006, las empresas que no ganen la carrera hacia la inmunidad total pero que, no obstante, cooperen con la investigación de la Comisión, pueden acogerse a una reducción de las multas que se les hubieran impuesto de no haber prestado su cooperación.

Para poder disfrutar de esa reducción de las multas, los solicitantes deben, en primer lugar, revelar su propia participación en el cártel; en segundo lugar, cooperar plenamente con la Comisión, y en tercer lugar, reforzar la capacidad de la Comisión para demostrar la existencia de una infracción mediante el suministro de nuevas pruebas (válidas).

Pasemos, en primer lugar, revista a las condiciones de cooperación: se trata básicamente de las mismas que se aplican a los solicitantes de inmunidad, con excepción de la «prueba de coacción». En otras palabras, el solicitante de clemencia tiene que:

- Cooperar con la Comisión Europea de forma absoluta, sin reservas y continua desde el momento en que presente su solicitud y a lo largo de todo el procedimiento administrativo.
- Poner fin inmediatamente a su participación en la supuesta conducta ilegal, salvo que la Comisión decida lo contrario a fin de preservar la integridad de las inspecciones.
- Abstenerse de destruir, falsificar u ocultar pruebas de la existencia del supuesto cártel y de revelar la existencia y el contenido de su solicitud, salvo a otras autoridades de competencia en caso de que se presenten solicitudes paralelas.

Para poder beneficiarse de la reducción, las nuevas pruebas facilitadas por el solicitante deberán aportar un valor añadido significativo respecto de las que consten ya en el expediente de la Comisión en el momento de su presentación.

Esto significa, en la práctica, que las pruebas presentadas por los solicitantes reúnen el llamado VAS (valor añadido significativo) si, por su propia naturaleza y su nivel de detalle, refuerzan la capacidad de la Comisión para demostrar la existencia del supuesto cártel.

La elección del concepto de VAS como umbral para la reducción de las multas incentiva la carrera entre los miembros del cártel que desean cooperar, habida cuenta de que las probabilidades de que el siguiente solicitante aporte un VAS a la investigación disminuyen con cada nueva aportación.

Además, la contrapartida por la cooperación depende del orden en el que los solicitantes idóneos alcancen el umbral VAS:

- La primera empresa que aporte un valor añadido significativo obtendrá una reducción situada en una banda comprendida entre un 30% y un 50%;
- La segunda obtendrá una reducción situada en una banda comprendida entre un 20% y un 30% ; y
- Las empresas siguientes podrán obtener una reducción de hasta el 20%.

Como puede verse, contrariamente a lo que sucede en el caso de otros regímenes de aplicación de la normativa antitrust, el programa de clemencia de la Comisión Europea no impone limitaciones al número de empresas que pueden solicitar una reducción de la multa y acogerse a la misma. Ahora bien, las empresas que se demoran más en comparecer tienen más dificultades para aportar un VAS y, por lo tanto, para obtener una reducción. Por lo tanto, las empresas que estén considerando la posibilidad de cooperar tienen un máximo interés en hacerlo lo antes posible.

El nivel exacto de reducción dentro de una banda determinada se fija al final del procedimiento y depende (i) del momento de presentación de las pruebas, es decir, el carácter oportuno de la cooperación y (ii) la medida en que las pruebas presentadas aportan un VAS (en otras palabras, la calidad de las pruebas y de la cooperación).

¿Cómo evalúa la Comisión estos extremos? Un principio rector de ese ejercicio puede ser la medida en que el solicitante haya respondido a las cinco preguntas clave sobre el cártel: quién, qué, cuándo, dónde y por qué. Para completar el panorama, una pregunta adicional debería ser cómo.

Existen en la práctica varios elementos -junto a otros de igual importancia- que la Comisión tiene en cuenta:

- Las pruebas incriminatorias (como las actas de las reuniones del cártel levantadas en el momento de la infracción) tienen mayor valor que las determinadas *a posteriori* (como las declaraciones de los hechos efectuadas en el momento de la solicitud).
- Las pruebas incriminatorias directamente pertinentes para los hechos en cuestión (como la transcripción interna de una llamada telefónica que revele un acuerdo sobre los precios) se considerará por lo general más valiosa que las pruebas indirectamente pertinentes (como una prueba de que la llamada telefónica se produjo efectivamente).
- Las pruebas que basten para demostrar un hecho por sí solas, sin requerir corroboración de otras fuentes, tendrán más valor que las pruebas que han de ser confirmadas o respaldadas. La Comisión considerará más valiosas las pruebas «irrefutables e independientes» que, por ejemplo, las declaraciones de la empresa que no vayan corroboradas con otros elementos probatorios.

Por último, si un solicitante aporta pruebas concluyentes que agravan o alargan la duración de la infracción investigada, la Comisión no tendrá en cuenta esos datos adicionales al fijar la multa correspondiente a la empresa. Esto se conoce como «inmunidad parcial».

DIPOSITIVA 18

[Reducción de multas – perspectiva de Japón]

TAKUJIRO KONO (autoridad de competencia de Japón): La JFTC (*Japan Fair Trade Commission*) impone un recargo a las empresas que participan en cárteles. Si se presenta una solicitud después de que se haya empezado una investigación y los solicitantes cumplen con los requisitos en cuanto a los plazos, la JFTC adopta una decisión de reducir el recargo en un 30%.

Este porcentaje de reducción es idéntico para todas las solicitudes admisibles. Paso a continuación a explicar los principales requisitos: en primer lugar, el plazo para presentar la solicitud de reducción del recargo finaliza a los veinte días de la fecha de inicio de la investigación.

En segundo lugar, la empresa debe presentar a la JFTC un informe escrito en el llamado «impreso nº 3», acompañado de la documentación pertinente, también en el plazo preceptivo. En el impreso nº 3, las empresas deben consignar la descripción del acto, el periodo en el que se ha llevado a cabo, el nombre y el cargo de las personas en él involucradas y su *modus operandi*. Toda esta información debe escribirse en japonés y, si la existencia de un procedimiento de descubrimiento en otros países puede suponer algún problema, la empresa puede sustituir la declaración oral por extractos sustanciales del impreso nº 3.

Para que la solicitud sea aceptada, el impreso nº 3 debe enviarse por fax, a exclusión de cualquier otro método. Esta limitación se aplica exclusivamente a la información presentada en el impreso nº 3. Las pruebas documentales pueden enviarse por otros medios, como la entrega directa o el correo certificado. No obstante, si son dos o más las empresas que solicitan la reducción, el orden de solicitud vendrá determinado por el orden de presentación del impreso nº 3.

El número de solicitudes también está sujeto a limitaciones: en primer lugar, el número total de solicitudes anteriores y posteriores al inicio de la investigación no puede ser superior a 5, y el número de solicitudes posteriores al inicio de la investigación no puede ser superior a 3. Por ejemplo, si antes del inicio de la investigación son tres las empresas que han presentado solicitudes, sólo quedan dos vacantes. Del mismo modo, si la JFTC recibe cuatro solicitudes antes del inicio de la investigación, sólo una empresa podrá optar a la reducción de los recargos.

Entre otros datos, el solicitante deberá incluir datos que no hayan sido ya establecidos por la JFTC. Al contrario que en los programas de clemencia de otras jurisdicciones, las autoridades no toman en consideración el grado de valor añadido de las pruebas. Por último, es preciso reseñar que el programa de clemencia de la JFTC ha conocido un gran éxito desde sus comienzos.

DIAPOSITIVA 19

[Reducción de multas – perspectiva de Estados Unidos]

GARY SPRATLING (Socio en Gibson, Dunn & Crutcher LLP): Como es bien sabido, la transparencia y la previsibilidad en lo que se refiere al trato dispensado por las autoridades responsables a las empresas y las personas físicas que se autoincriminan y prestan su cooperación son cruciales para el éxito de los regímenes de lucha contra los cárteles tanto en las jurisdicciones individuales como a escala global.

Estas características son de una importancia evidente para la empresa que es la primera en denunciar su participación en un cártel y que, por consiguiente, reúne las condiciones para optar a la inmunidad total respecto de las multas con arreglo a las políticas de clemencia vigentes. No obstante, la previsibilidad es igualmente importante para las empresas que se están planteando la posibilidad de denunciar y cooperar cuando otra empresa ya ha obtenido la clemencia y, por consiguiente, no pueden optar a una dispensa del 100% de las multas.

Las autoridades recurren a distintos planteamientos para ofrecer a cooperadores potenciales que comparecen en segundo, tercero, cuarto y sucesivos lugares una indicación del modo y la medida en que su cooperación podría plasmarse en una reducción de las multas. La Comisión Europea preconiza un enfoque seguido por muchas otras jurisdicciones, a saber, el establecimiento, como componente oficial de su política de clemencia, de bandas concretas de reducción de las multas.

El Departamento de Justicia de los EE.UU., en cambio, carece de una política oficial de rebajas por bandas fijas; de hecho, la política oficial de clemencia ni siquiera expone de manera explícita el trato que se dispensa a los cooperadores que den un paso adelante una vez se haya concedido la inmunidad.

No obstante, los EE.UU. disponen de un sistema de sentencias que reposa en directrices muy detalladas y estructuradas y de una práctica de resolución de las multas y demás aspectos penales mediante acuerdos extrajudiciales *inter partes*.

En los últimos 25 años, más de un 90 % de los acusados de delitos de colusión optaron por suscribir acuerdos extrajudiciales con la División Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

Habida cuenta de que en los Estados Unidos la participación en un cártel constituye un delito, las Directrices para la emisión de sentencias de los Estados Unidos constituyen el punto de partida para determinar la multa que corresponde a una empresa por la violación de las leyes anticártel, como sucede en el caso de todos los demás delitos. Las Directrices, recogidas en un manual de más de 600 páginas sobre el cómputo de las sentencias aplicables a las personas físicas y jurídicas que hayan

cometido cualquier tipo de delito, incluyen reglas específicas para los delitos que nos ocupan. Para resumir brevemente estas reglas antitrust, la multa de base de una empresa suele ascender al 20 % del volumen del comercio de los EE.UU. afectado por el cártel durante todo su periodo de duración.

A continuación, la multa de base se multiplica por multiplicadores mínimos o máximos que corresponden al índice de culpabilidad de la empresa, basado a su vez en factores como el número de empleados, la participación en el delito o la tolerancia respecto del mismo por parte de los altos dirigentes de la empresa, los antecedentes penales o de obstaculización de la administración de la justicia por parte de la empresa y su grado de cooperación y asunción de responsabilidades.

Los métodos recogidos en las Directrices para la emisión de sentencias suelen desembocar en una franja de multas en la que la multa máxima para cualquier demandado asciende al doble de la mínima; por ejemplo: multa mínima \$200 MM, máxima \$400 MM; o bien mínima \$500 MM y máxima \$1B.

No obstante, las Directrices sobre sentencias recogen una disposición según la cual, a instancias únicamente de la Administración pública, las empresas pueden acogerse a reducciones de las multas por debajo de las multas *mínimas* de las directrices, también denominadas desviaciones a la baja («downward departures»), si las empresas ofrecen su cooperación y permiten adelantar considerablemente la investigación.

El sistema de los EE.UU. adquiere en este punto carácter híbrido, puesto que la fijación de la multa del inculpado pasa de depender de un método de cálculo basado en una fórmula a otro que incluye reducciones discrecionales que pueden variar entre unos cuantos puntos porcentuales hasta (en casos excepcionales) más del 50 %, en función de la evaluación efectuada por la Administración en cuanto a la oportunidad y el valor de la cooperación del inculpado, a reserva de la aprobación de la multa resultante por parte de los Tribunales.

A menudo se me pregunta si, a falta de directrices públicas sobre reducciones de las multas, los abogados de los cooperadores «post-inmunidad» potenciales son capaces de realizar previsiones informadas y fiables acerca de las posibles ventajas que asistirían a sus clientes en caso de ser los segundos, terceros o cuartos en cooperar.

La respuesta es sí. Si bien es verdad que el enfoque de los EE.UU. es diferente, sin embargo permite a los abogados experimentados predecir con una exactitud considerable el trato que se dispensará a los cooperadores más tardíos. Esta previsibilidad se deriva de las dos grandes prácticas de la División Antitrust, en las que se inspira el enfoque de los EE.UU.

La primera es el compromiso por parte de la División de negociar resoluciones proporcionales para las partes en situaciones comparables; esta proporcionalidad no sólo se aplica a los inculpados respecto de un mismo asunto, sino entre asuntos y a lo largo del tiempo.

La segunda práctica es la transparencia, que permite a los abogados particulares observar los criterios mediante los que el Departamento de Justicia aplica su política de trato comparable y calcula las reducciones respecto de las multas fijadas con arreglo a las Directrices para la emisión de sentencias concedidas a los cooperadores en circunstancias varias.

Antes de concluir, procede hacer una observación importante: al comparar los métodos aplicados en los EE.UU. con los aplicados en la UE y afines, conviene recordar que el hecho de que en los EE.UU. el Estado enjuicie a las personas físicas añade un matiz al proceso.

La División Antitrust insiste regularmente en excluir de la protección dispensada a la empresa merced al acuerdo extrajudicial a determinados individuos, los cuales han de responder de sus acciones ante los Tribunales y, además, ante la Administración. Las empresas que antes se autoincriminan y que ofrezcan una cooperación más valiosa tendrán menos casos de ejecutivos sentenciados a penas de prisión y, en su caso, penas más breves.

En conclusión, la previsibilidad y la fiabilidad dependen íntegramente de la coherencia y la solidez de las decisiones adoptadas por las autoridades competentes. Ya se trate de bandas de reducciones de las multas, directrices para la fijación de las multas, políticas penales, acuerdos extrajudiciales *inter partes* o discursos, la lección principal sigue siendo siempre la misma: los actos son más elocuentes que las palabras.

DIAPPOSITIVA 20

[Reducción de multas – perspectiva de Alemania]

CHRISTOF VOLLMER (autoridad alemana de competencia): En 2006, el Bundeskartellamt introdujo su nuevo programa de clemencia, actualmente uno de los más eficaces del mundo.

Una de las claves de este éxito es el sistema de indicadores. El proceso de solicitud –ya sea una solicitud de inmunidad o una solicitud de reducción de la multa– arranca siempre con la atribución de un indicador.

El momento de la atribución del indicador es decisivo para el estatus de la solicitud. El indicador puede adjudicarse verbalmente o por escrito, en alemán o en inglés. También puede atribuirse –de hecho, sucede así con frecuencia– durante una inspección. Las solicitudes pueden enviarse en los minutos siguientes.

El indicador debe contener datos sobre:

- en primer lugar, el tipo y la duración de la infracción;
- en segundo lugar, el producto y los mercados geográficos afectados;
- en tercer lugar, la identidad de los implicados;

- en cuarto lugar, las demás autoridades de competencia a las que se hayan presentado o se vayan a presentar las solicitudes.

El Bundeskartellamt confirma inmediatamente por escrito al solicitante que se le ha adjudicado un indicador, y le indica la hora y la fecha de recepción. Además, fija un plazo límite (de ocho semanas como máximo) para la redacción de la solicitud.

En su solicitud, el solicitante debe presentar información que suponga una contribución significativa para demostrar la existencia del delito. Ninguna de las pruebas obtenidas durante una inspección se considerará presentada por el solicitante.

Deben presentarse todos los documentos disponibles que demuestren la infracción. Cuando no se disponga de tales documentos, podrá bastar con nombrar a los empleados involucrados en el acuerdo de cártel que estén dispuestos a ser entrevistados y a aportar su testimonio.

La solicitud puede presentarse verbalmente y/o en inglés. Si el Bundeskartellamt acepta una solicitud en inglés, el solicitante está obligado a presentar una traducción en alemán dentro de un plazo razonable.

Inicialmente, el Bundeskartellamt sólo informa al solicitante de su lugar en el ranking y del hecho, de que, en principio, puede optar a una reducción. Su posterior concesión depende de la plena y continua cooperación del solicitante con el Bundeskartellamt.

La decisión acerca de la reducción se adopta lo antes posible tras la comprobación y el examen de toda la información y las pruebas obtenidas durante una inspección anterior y/o aportadas por otros solicitantes de clemencia. En la mayor parte de los casos, el Bundeskartellamt informa al solicitante, tras haber notificado el pliego de cargos, del importe concreto de la reducción.

El Bundeskartellamt puede reducir la multa hasta en un 50%. El importe de la reducción se basa en el valor probatorio de la solicitud y su ubicación en el ranking. El lugar en la clasificación es un elemento esencial, pero no el único que el Bundeskartellamt tiene en cuenta. Se han registrado casos en que solicitudes con una clasificación inferior pero mayor valor probatorio obtuvieron una reducción más elevada que solicitudes con una clasificación previa superior pero un valor probatorio inferior.

DIPOSITIVA 21

RICHARD WHISH: Como es evidente, toda empresa que presenta una solicitud de clemencia a una autoridad de defensa de la competencia se autoincrimina automáticamente al declarar que ha participado en un comportamiento ilegal.

Ya hemos visto el tipo de pruebas que deben presentarse a las autoridades de competencia; escuchemos ahora, desde el punto de vista de la Comisión, cómo debe redactarse la declaración de empresa.

[Declaraciones de una empresa - perspectiva de la Unión Europea]

MARISA TIERNO CENTELLA (Dirección de Cárteles, DG COMP): Una declaración de empresa es una descripción detallada de la información que el solicitante posee del cártel, elaborada específicamente para la solicitud de clemencia.

Habida cuenta de su relevancia, las declaraciones de empresa deben contener información esencial sobre los componentes clave del cártel, por ejemplo sus fines, las empresas o las personas físicas que los componen y la descripción de las conductas desempeñadas. No deben por el contrario figurar en ellas otros datos como los de tipo financiero, la información relativa a la empresa o los secretos comerciales.

La Comisión Europea acepta declaraciones tanto escritas como orales; conviene señalar que, desde nuestro punto de vista, su valor probatorio, su consideración durante la fase de acceso al expediente y nuestra determinación a la hora de protegerlas frente a cualquier revelación son idénticos. No obstante, es posible que el solicitante se sienta más cómodo prestando una declaración oral cuando, debido a la situación, tema acciones privadas por daños y perjuicios.

En términos prácticos, la presentación de una declaración oral requiere que el solicitante, por lo general representado por su abogado, comparezca ante la Comisión para emitir su declaración, que es grabada. A continuación, esa grabación es transcrita y su exactitud comprobada por el abogado. El dato importante en esta fase es que tanto la grabación como su transcripción se consideran documentos de la Comisión de acceso estrictamente limitado.

Durante la fase de consulta del expediente, las partes en el procedimiento tienen pleno acceso a las declaraciones escritas y orales. Si bien ese acceso garantiza su derecho de defensa, sólo puede ejercerse en las dependencias de la Comisión y no incluye la posibilidad de hacer copias de los documentos. Con ello se asegura que la Comisión mantiene el control sobre las declaraciones de empresa y que estas no se hacen públicas.

Los motivos de esa práctica radican, como ya he avanzado antes, en la posibilidad de que terceras partes en un proceso pretendan acceder a las declaraciones de empresa efectuadas en relación con una solicitud de clemencia. Debe recalcar a este respecto que todo programa de clemencia que aspire al éxito debe ofrecer a los solicitantes potenciales garantías de que sus declaraciones de empresa quedarán amparadas frente a toda posibilidad de revelación. De otro modo, la revelación de esas declaraciones prestadas de forma voluntaria podrían minar seriamente la eficacia de los programas de clemencia y la lucha contra los cárteles. Concretamente, si bien no puede hacerse abstracción del derecho a la indemnización, no puede colocarse a las entidades que cooperen con la

autoridad de defensa de la competencia en una situación más difícil –en lo que a las demandas civiles se refiere– que la de los miembros del cártel que rehusan cooperar.

Además, debido al refuerzo mutuo de las intervenciones pública y privada, la protección de las declaraciones de empresa redundante en el máximo interés tanto de las autoridades públicas como de los demandantes particulares, dado que una acción pública eficaz es el factor que posibilita y fomenta las demandas privadas por daños y perjuicios.

DIPOSITIVA 22

A estas alturas, me parece que está claro que todo sistema de clemencia debe ser fruto de una detenida reflexión. Hemos de ofrecer unos incentivos máximos para que las empresas que puedan acogerse a la clemencia actúen como informadoras y también evitar descartar todo posible desincentivo. Destaquemos algunos aspectos especialmente importantes.

En primer lugar, las empresas deberían poder obtener la inmunidad de forma automática en lugar de verse a expensas de la discrecionalidad de las autoridades de defensa de la competencia.

En segundo lugar, las autoridades de competencia deberían fijar un sistema de indicadores que permitiera a los solicitantes de clemencia estar seguros de conservar su posición en la prelación.

Un tercer aspecto extremadamente importante es la necesidad de que los solicitantes de clemencia tengan la seguridad de que ninguna declaración que presenten será revelada a otra autoridad de competencia ni, por ejemplo, a terceros, sin su consentimiento.

Otro aspecto que se ha descubierto en la práctica es la conveniencia de permitir que los solicitantes de clemencia presenten sus declaraciones verbalmente en lugar de por escrito. Este factor puede ser muy importante, por ejemplo en caso de que un tribunal busque documentos escritos.

Dos últimos puntos importantes. El primero es que tiene sentido, en la práctica, permitir que los solicitantes de clemencia tomen contacto con las autoridades de competencia incluso después de que esa autoridad haya iniciado una investigación.

El segundo y último punto es que el sentido común aconseja también dotarse de un sistema que permita a una empresa determinada hacer preguntas teóricas sobre la tramitación de cualquier solicitud de clemencia en la práctica.

Esperamos que este vídeo les haya permitido hacerse una mejor idea de las condiciones que debe reunir un buen programa de clemencia. Para recapitular: un programa eficaz de clemencia debe tener como consecuencia una disminución de los cárteles y un aumento de la competencia.