

Análisis de la figura “Programa de Clemencia” en Derecho de competencia comparado. Parámetros para la aplicación en Ecuador

*Carlos Alfredo Trujillo Viteri**

RESUMEN

El programa de clemencia es una herramienta vital que tienen los entes reguladores en materia de competencia para poder sancionar, descubrir y prevenir carteles. Los dos programas de clemencia más importantes en el mundo se encuentran en Estados Unidos (EE. UU.) y en la Unión Europea (UE). En estas dos legislaciones las diferencias y matices del programa son claras, muy profundas y se dan porque los objetivos del Derecho de competencia de la UE y el de EE. UU. son distintos. En el presente artículo analizaremos la importancia que tiene este programa en el Derecho de competencia, se comparará el programa de EE. UU. con el de la UE, para finalmente establecer los parámetros para su efectiva aplicación en Ecuador.

PALABRAS CLAVE: programa de clemencia, Derecho de la competencia, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (LORCPM).

ABSTRACT

The leniency program is an important tool of the competition law in order to punish, discover, and prevent cartel activities. The most important leniency programs of the world are from the United States (USA) and the European Union (EU). In both legislations the differences and nuances of the program are clear and deep because of the differences of the objectives of the competition law in the USA and the EU. In this work, the importance of this program in the competition law, the comparison of the USA and de EU programs, and the parameters for its application in Ecuador will be analyzed.

KEYWORDS: leniency program, competition law, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (LORCPM).

FORO

* Estudiante del Máster en Derecho de la Competencia, University College London.

ANTECEDENTES

El programa de clemencia o *leniency program* [programa en adelante] es una herramienta del Derecho de competencia, con la que los órganos de control luchan contra carteles¹ a nivel estatal como mundial. Cuando la Comisión Europea o el Departamento de Justicia de los EE. UU. [DOJ por sus siglas en inglés en adelante] descubren un cartel, estos son llevados a juicio, y posteriormente los miembros de estos son multados por infringir la competencia en sus respectivas jurisdicciones. Gracias a este programa se descubren dichos carteles, beneficiando a quién los delató con inmunidad o reducción de multas, como lo explica la Comisión de la UE en los párrafos 3 y 4 del *Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases*.²

Esta herramienta nació en 1978 en EE. UU. con el *Leniency program*, posteriormente en 1993 se expidió el *Corporate Policy*,³ y finalmente el *Leniency Policy for Individuals* en 1994.⁴ Por su lado, la UE, en 1996 implementó el programa con la expedición de la *Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases*, el cual sería reformado en 2002, en 2006, y finalmente en 2015, quedando establecidos así los dos programas más importantes de clemencia a nivel mundial.

La importancia del *leniency program* en la lucha, descubrimiento y sanción de carteles puede ser demostrada con datos empíricos. Por ejemplo, un reporte de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD por sus siglas en inglés) de 2001 estableció que:

Desde que el programa de EE. UU. fue revisado en 1993... el número de aplicaciones se ha multiplicado en más de veinte por año, y ha llevado a docenas de sentencias y multas con un total de más de \$1 billón... La Comisión Europea en 1996 anunció las condiciones

-
1. Un cartel es una organización colectiva cuyos miembros realizan un acuerdo entre ellos para suspender la competencia. (Traducción libre). Dentro de los ejemplos más claros de cartel tenemos: la fijación de precios, fijación de cuotas, fijación de condiciones comerciales, límite de producción, reparto de mercado. El ejemplo más claro de cómo funciona un cartel lo podemos encontrar en la OPEP. Ver Damien Geradin, Anne Layne-Farrar y Nicolas Petit, *EU Competition Law and Economics* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 391.
 2. Ver European Union. Commission of the European Union, “Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases”, *Official Journal of the European Union*, Bruselas (2006): párrafos 3 y 4.
 3. United States of America, Department of Justice, DOJ, “Corporate Leniency Program” (10 de agosto de 1993).
 4. United States of America, Department of Justice, DOJ, “Leniency Program for Individuals” (10 de agosto de 1994).

bajo las cuales con la cooperación pueda llevar a significantes reducciones o excepciones en las multas, y el programa... ha sido invocado en más de veinte ocasiones...⁵ (Traducción libre).

Por lo cual, este programa es atractivo para los miembros del cartel, quienes se pueden beneficiar no solo de inmunidad total, sino que pueden tener una reducción significativa en su multa. De igual manera, por el lado de las autoridades, qué mejor que los miembros de un cartel se delaten entre ellos, lleven las pruebas ante la autoridad y terminen con sus prácticas anticompetitivas. Como resulta obvio, le resta trabajo tanto a la Comisión como al DOJ, quienes –en muchos casos– descubren carteles que han llevan años actuando, gracias a uno de sus propios miembros que decidió delatar al resto.

Finalmente, se debe señalar que, a más de descubrir y sancionar carteles, a través de estos programas se busca obtener un efecto disuasivo suficiente para evitar la formación de carteles. Es decir, una vez que el resto de actores económicos vea lo que ocurre con los programas, y cómo resulta sencillo descubrir y multar carteles, se espera que el efecto logrado sea suficiente para inhibir al resto.

RAZÓN DE SER DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA

Si bien descubrir, sancionar e inhibir la formación de carteles es cómo funciona y para qué sirve el programa, su razón de ser es distinta y se la encuentra en los objetivos del Derecho de competencia, los cuales son claros y distintos dependiendo de la jurisdicción en la que se trate. Estos difieren tanto en EE. UU. como en Europa. En la UE, de acuerdo al artículo 101 del *Treaty on the Functioning of the European Union* (en adelante TFEU por sus siglas en inglés), se establece:

1. Serán incompatibles con el mercado interior y *quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas...* que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir... la competencia dentro del mercado interior...⁶ (Las cursivas me pertenecen).

El artículo 101 del TFEU resalta que el *principal* objetivo del *competition law* en la UE es la integración y el buen funcionamiento del mercado interno de la Unión

5. OECD, “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels. Policy Brief”. *OECD Observer* (2001), 2. Disponible en <<http://www.oecd.org/daf/competition/1890449.pdf>>.

6. European Union, Commission of the European Union, “Treaty on the Functioning of the European Union”. En *Official Journal of the European Union*, Bruselas, art. 101 (2012).

Económica Europea. Esto se refuerza ya que el *COUNCIL REGULATION (EC) No. 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82⁷ of the Treaty* dice: “con objeto de establecer un régimen *que garantice que no se falsea la competencia en el mercado común*, procede velar por la aplicación eficaz y uniforme en la Comunidad de los artículos 81 y 82 del Tratado”⁸ (las cursivas me pertenecen). Así se infiere que lo que más importa en la UE es el buen funcionamiento e integración del Mercado Común Europeo.

Como ya se señaló, en EE. UU. los objetivos del Derecho de competencia difieren a los de la UE. Mientras en Europa tenemos la integración y el buen funcionamiento del “mercado interno”, en los EE. UU. tenemos como objetivo principal del *Antitrust* la eficiencia económica. Esto es resaltado por Ionnis Lianos, quien afirma que en Europa desde un punto de vista histórico el objetivo principal del Derecho de competencia siempre ha sido la integración del mercado interno y la protección al consumidor.⁹ No obstante, en EE. UU., principalmente por la influencia de los Chicago Boys el objetivo del *Antitrust* es la eficiencia económica o *welfare*, no del consumidor en sí mismo, sino de la sociedad en su conjunto.¹⁰ Esta diferencia radical de los objetivos en el Derecho de competencia en estas dos jurisdicciones explica –aunque sea en parte– las sentencias y los razonamientos diversos en casos muy parecidos y con los mismos actores, como es el caso de *Microsoft vs. EE. UU.*, y el caso de *Microsoft vs. La Comisión Europea*.

De igual manera, gracias a esta diferencia se explica el hecho de que en EE. UU. sí existe una *rule of reason* o una *per se rule*¹¹ mientras que en la UE categóricamente se ha negado el uso de ambas,¹² y en esta jurisdicción se ha optado en lugar de *rule*

7. Los artículos 81 y 82 del TFUE cambiaron de numeración por los artículos 101 y 102, luego del Tratado de Lisboa, no obstante, el contenido y fondo se mantuvo intacto. Por lo cual, es indistinto referirse al artículo 81, 82 o 101 o 102 del TFUE.

8. European Union, Commission of the European Union, “Council regulation (EC) No. 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty”. *Official Journal of the European Communities*, Bruselas (2003): párrafo 1.

9. Lianos Ioannis, *Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law* (Londres: CLES Working Paper Series, 2013).

10. *Ibid.*

11. Para comprender de una manera más eficiente lo que son la *rule of reason* y la *per se rule*, ver Robert H. Bork, “The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division”. *The Yale Law Journal*, vol. 74 (1965). Disponible en <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4158&context=fss_papers>.

12. Para entender el porqué en la UE no hay el uso de la *per se rule* ni la *rule of reason*, ver el capítulo 5.2. de Ioannis Lianos, Valentine Korah, Paolo Siciliani, “Rules, standards and the concept of restriction of competition: a perspective of decision theory, en *Competition Law: Cases and Materials* (s. l.: Hart Publishing, 2017).

of reason, analizar si los acuerdos son anticompetitivos por objeto u efecto conforme el artículo 101 (1) del TFEU, y en vez del uso de la *per se rule*, en la UE se usa el artículo 101 (3) del TFEU así se trate de una restricción *hard-core* a la competencia, como son los *naked cartels*.

Así, podemos afirmar que la razón de ser de los programas en el *Competition Law* –por un lado– es la integración y el buen funcionamiento del “mercado interno”, y del *Antitrust* la eficiencia económica.

ENFOQUE EN EE. UU. Y LA UE

A más del contraste de objetivos entre la UE y los EE. UU., existen tres diferencias extras e importantes para la aplicación de estos programas.

Primero, en la UE solo se puede enjuiciar a *undertakings*¹³ y no a personas naturales. Un *undertaking* puede comprender firmas, empresas o personas jurídicas que realicen actividades económicas; no obstante, el término puede incluir más formas de asociación, motivo suficiente para referirnos en este trabajo a *undertaking* en general y no solo a personas jurídicas o empresas como se lo hace en la traducción al español del artículo 101 (1) del TFUE.

Segundo, en EE. UU. existe responsabilidad penal para las personas naturales que realicen estas infracciones mientras que en la UE no existe, puesto que, al no poder enjuiciar a personas naturales, resultaría imposible imputar penalmente a un *undertaking*. Esta diferencia es vital para el impulso del efecto inhibitorio que se busca a través del programa, como veremos más adelante.

Finalmente, la última diferencia se da por el funcionamiento de los programas de clemencia y quienes puedan pedir daños y perjuicios. Por un lado, en EE. UU. si un miembro del cartel, sea persona natural o jurídica, pide clemencia y el DOJ se la otorga, este tiene inmunidad tanto en multas, responsabilidad penal y se le asegura que la información y pruebas entregadas en el programa jamás serán reveladas a terceras partes, para evitar una posterior demanda de daños y perjuicios por parte de los usuarios. Es decir, gracias al actuar del DOJ, terceras personas que hayan sufrido daños por el cartel no pueden acceder a la información que el *undertaking* involucrado entregó, esto dificulta que existan juicios por daños y perjuicios.

13. El concepto de un *undertaking* abarca cada entidad comprometida en una actividad económica sin importar el estatus legal de esta entidad o la forma en que es financiada”. Richard Wish, David Bailey, *Competition Law* (London: Oxford University Press, 2015), 86.

Por otro lado, en la UE, pese a la inmunidad en las multas, los *undertakings* enfrentan la posibilidad de ir a juicio por daños y perjuicios contra terceras partes en los diferentes estados miembro. Esto se debe a que en la UE existen 28 miembros que si bien se rigen en un marco común bajo el TFUE, de igual manera, conforme a la Regulación 1/2003 son capaces de imponer sus propias leyes de competencia dentro de su territorio. Es decir, dentro de cada Estado, los consumidores y terceros afectados por los carteles pueden demandar conforme a las leyes de sus países.

Por su parte, en EE. UU. los únicos que pueden empezar un juicio por daños y perjuicios son los afectados directos; en el caso de los carteles, son los consumidores. En consecuencia, en EE. UU. son aptos para pedir indemnización por daños y perjuicios los consumidores directos del cartel. Por otro lado, en la UE pueden pedir indemnización todos los afectados por el cartel. Es decir, no solo los compradores directos, sino cualquiera que haya participado en la cadena de valor y que se sienta afectado, lo que da como resultado que sea mucho más factible realizar una demanda por daños y perjuicios en la UE que en EE. UU. Estas tres diferencias son las responsables de que exista un enfoque tan distinto del programa de competencia en Europa y en Estados Unidos.

UNDERTAKINGS Y PERSONAS NATURALES

Esta diferencia se da debido a que el artículo 101 (1) del TFEU establece: “The following shall be prohibited as incompatible with the internal market all agreements *between undertakings*, decisions by associations of *undertakings* and concerted practices which may affect trade between Member States [...]”¹⁴ (las cursivas me pertenecen). Por disposición de la ley solo los acuerdos entre *undertakings* están prohibidos, por lo cual, acuerdos entre personas naturales que afecten el mercado se encuentran exentos en el Derecho de competencia de la UE. No obstante, los estados miembros con sus leyes internas pueden perseguir a personas naturales.

En cambio, en EE. UU. sí se puede perseguir tanto a *undertakings* como a personas naturales, estas facultades son derivadas de la Sherman Act la cual en su sección 1 desde 1890 establece:

Cada persona que realice un contrato o forme parte de cualquier combinación o conspiración declarada ilegal en la presente, será declarada culpable de un delito, y, a una condena,

14. European Union, Commission of the European Union, “Treaty on the Functioning of the European Union”, *Official Journal of the European Union*, Bruselas (2012): art. 101.

será penada con una multa... *si una corporación*, o, si alguna otra persona... o si por prisión no excederá los tres años...¹⁵ (las cursivas me pertenecen)

A diferencia de Europa, desde el inicio del *Antitrust* en EE. UU. sí se ha podido perseguir tanto a personas naturales como a *undertakings*, lo que es una ventaja sobre el Derecho de competencia europeo sobre todo en la responsabilidad penal, y en inhibir la formación de carteles, como veremos a continuación.

RESPONSABILIDAD PENAL EN LA UE Y EN EE. UU.

En EE. UU., al poder perseguir a personas naturales por infracciones a la competencia como en el caso de carteles, da como resultado que también exista responsabilidad penal de las mismas, y que el DOJ pueda levantar cargos contra estos, hecho que no sucede en Europa. Esta ventaja es especialmente apreciable en el efecto disuasivo e inhibitorio que los programas de clemencia puedan tener sobre los carteles para evitar estas prácticas en un futuro. Conforme Wagner Von Papp, los carteles se forman por un problema de agencia, en el cual existen disparidad de intereses entre el principal (*undertaking*) y el agente (empleados o gerentes). Al no estar alineados los intereses del principal con el agente, este último busca ganar más dinero –ya sean bonos por ventas o comisiones– a través del principal, sin importarle si infringe las leyes de competencia. Esto se acentúa en Europa debido a que aquí no existe responsabilidad penal en infracciones a la competencia. Los carteles son difíciles de descubrir, y cuando son descubiertas por las autoridades por lo general ya han pasado años desde que empezaron.

Con este antecedente, cuando las autoridades descubren el cartel, es probable que el agente ya no trabaje en esa empresa, haya usufructuado de su conducta, y encima no sea responsable porque no es imputable penalmente.¹⁶ Es claro que para el agente, el programa no tiene el efecto disuasorio que tendría en EE. UU., donde dicha persona así no siga trabajando en la empresa puede ser enjuiciada penalmente en un futuro. Como resultado de esto, el *leniency program* americano es más efectivo que el programa de la UE.

15. United States of America, *The Sherman Antitrust Act*, sección uno (1890).

16. Florian Wagner-von Papp, “Compliance and Individual Sanctions for Competition Law Infringements”, en Johannes Paha, edit., *Competition Law Compliance Programs-An Interdisciplinary Approach* (Londres: Springer, 2016), capítulo 9. Disponible en <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2771289>.

REVELACIÓN DE INFORMACIÓN Y ACCIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Otra diferencia entre estos dos regímenes es la facilidad que las terceras partes tienen para realizar acciones de daños y perjuicios, y si se puede o no revelar la información que se ha entregado en los programas de clemencia, esto para dichas acciones por daños y perjuicios. Tanto la UE como EE. UU. tienen una aproximación diferente al tema:

El impacto que tiene las acciones por daños y perjuicios, parece similar al que tiene el añadir responsabilidad penal a individuos. Si un aspirante al programa, en especial el primero que también goza de inmunidad a las multas, también pudiera tener inmunidad a demandas por daños, el efecto podría ser reforzar la efectividad de los programas, ya que los aspirantes a estos programas se sentirían más atraídos por este beneficio. Por el contrario, si no se da inmunidad a las acciones de daños, estas acciones darían como resultado el debilitamiento del programa.¹⁷

Los programas de clemencia donde existe inmunidad total tanto a multas como a futuras acciones por daños y perjuicios son mucho más atractivos. Sin embargo, tanto en EE. UU. como en la UE, los afectados pueden iniciar juicios por daños y perjuicios. La gran diferencia radica en quienes pueden iniciar juicios y si dichos juicios contarán con las pruebas que las empresas entregaron a la autoridad como parte del proceso de su pedido de clemencia. Por un lado, en la UE conforme el artículo 16 (1) de la Reglamentación 1/2003 se establece:

Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, *no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión...*¹⁸ (las cursivas me pertenecen)

Por lo cual, si la Comisión ya estableció que existió una violación al Derecho de competencia queda claro que ninguna Corte de los veintiocho miembros de la UE puede declarar lo contrario. Es decir, existe la certeza jurídica de que el daño a la com-

17. P. J. Wouter Wils, “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice”. En Dieter Schmidtchen y Stefan Voigt, edit., *The More Economic Approach to European Competition Law, Conferences on New Political Economy* (Saarbrücken: Mohr Siebeck, 2006), 40.

18. European Union, Commission of the European Union “Reglamento (CE) No. 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado”, *Official Journal of the European Union*, Bruselas (2003): art. 16.

petencia existió y es más sencillo empezar una acción de daños y perjuicios por parte de un supuesto damnificado. Ahora, conforme a la teoría general de la responsabilidad, sabemos que para que exista un daño debe existir un hecho ilícito, un perjuicio, culpa y un nexo causal. Con una sentencia de la Comisión se tendría la certeza del hecho ilícito, el perjuicio que causó el *undertaking*, la culpa del mismo, pero no se tiene el nexo causal con la víctima en sí, ya que la afectación la sufrieron los consumidores en general, más no, un consumidor específico.

Al no tener el nexo causal, los supuestos afectados van a intentar acceder a los documentos incriminatorios que los mismos *undertakings* presentaron en su solicitud, con el objetivo de ganar sus demandas. Los ciudadanos europeos pueden pedir el acceso a estos documentos gracias al artículo 2 del Reglamento 1049/2001 sobre acceso a los documentos de las instituciones europeas.¹⁹ Con ese acceso resultaría sencillo en la UE comprobar un supuesto nexo causal para emprender acciones de daños y perjuicios. Solo sería cuestión de pedir a la Comisión los documentos respectivos entregados por las partes y a esto sumando a la sentencia previa se tendría un sólido caso de daños y perjuicios en contra de los *undertakings*.

Esto era una realidad en la UE, y era peligroso para la existencia del programa, ya que no existía un incentivo para dejar de realizar las actividades ilícitas. Debido a que, pese a tener inmunidad frente a la Comisión, esta no se extendía a los daños y perjuicios causados a terceros, y si los daños que tendrían que pagar a terceros resultan mayores a los beneficios que se obtienen continuando la actividad ilícita es muy probable que no se entregue información, ni se solicite clemencia. Esto ha sido reconocido por Wouter Wilis:

El documento donde se reconoce por parte de los infractores su mal actuar “*corporate statement*” no puede ser obtenido de ninguna otra forma que no sea de manera voluntaria por parte del peticionario dentro del programa de clemencia. Esto logra facilitar el descubrimiento y castigo del cartel por la autoridad competente. En esta situación no nos parece injusto negar el derecho de los peticionarios a acceder al “*corporate statement*”, ya que la protección en contra de la revelación de estos documentos en acciones por daños y perjuicios hace a los programas de clemencia más atractivos, facilitando los propósitos de

19. Ver European Union, Commission of the European Union, “Reglamento (CE) No. 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, *Official Journal of the European Union*, Brussels (2001): art. 2.

sancionar y disuadir.²⁰ (Refiriéndose a los propósitos del programa de clemencia) (Traducción libre).

La preocupación de que el programa se vea afectado ante esta realidad fue tal que en el año 2008 la Comisión Europea expidió lo que se conoce como el “Libro blanco, Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, donde en su punto 2.9 claramente expresa:

En las demandas de reparación de daños y perjuicios interpuestas por particulares debe garantizarse una protección adecuada contra la divulgación de las declaraciones corporativas presentadas por un solicitante... De no ser así, la amenaza de divulgación de la confesión ofrecida por un solicitante de clemencia podría tener una influencia negativa en la calidad de sus envíos, o hasta disuadir a un infractor de solicitar la clemencia.²¹

Es interesante observar cómo la UE a través de este libro intentaba dar la guía que se debe aplicar con respecto a la información brindada en el programa. No obstante, era solo una guía, no un reglamento ni una ley, por ende, no vinculante, y en teoría alguna Corte de un Estado miembro podía pedir información a la Comisión. No sería hasta el año 2015, y ya que el Libro Blanco no era suficiente, que la Comisión realizó finalmente una enmienda a su programa original que recoge:

3...a Comisión no transmitirá en ningún momento a los órganos jurisdiccionales nacionales declaraciones de clemencia formuladas por empresas para su uso en las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Tratado(*).²²

Finalmente en el año 2015 la UE se unió a EE. UU. impidiendo que la información entregada en los procedimientos de clemencia sea susceptible de ser revelada para futuras demandas por daños y perjuicios. Este riesgo no se corrió nunca en EE. UU. donde el procedimiento fue diferente desde un principio, y en donde, si bien es cierto que los peticionarios del programa no tienen inmunidad contra las demandas por daños y perjuicios, estos sí pueden estar tranquilos que el DOJ no revelará los “*corporate statements*” que hicieron al momento de la aplicación. Por otro lado, dentro del mismo Libro Blanco queda al descubierto otra diferencia clave que hay entre los dos

20. P. J. Wouter Wils, “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, *World Competition Law and Economics*, vol. 32, No. 1 (2009): 23.

21. European Union, Commission of the European Union, “White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules”, *Official Journal of the European Union*, Bruselas (2008).

22. European Union, Commission of the European Union, “Communication from the Commission Amendments to the Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases”, *Official Journal of the European Union*, Brussels (2015).

regímenes. Esta diferencia recae en quién puede realizar las demandas por daños y perjuicios, en EE. UU. los únicos que pueden demandar son los afectados directos, es decir, los consumidores. Por otro lado, en la UE lo pueden hacer todos los afectados, como lo manifiesta el punto 2.1 del Libro Blanco.²³

Puede no parecer muy significativo si se tiene en cuenta que es muy complicado acceder a los documentos presentados en el programa. No obstante, al momento en que la Comisión admite que incluso compradores indirectos sean capaces de realizar demandas por daños y perjuicios, crea una carga en los *undertakings* quienes deben pensar dos veces en someterse o no al programa, ya que no solo deberán defenderse de demandas a afectados directos, sino que existe el riesgo de demandas por partes de cualquier tercero que se crea “comprador indirecto”. De nuevo, EE. UU. tiene una ventaja sobre el régimen de la UE no solo porque el DOJ no va a entregar los documentos presentados en los programas de clemencia, sino también porque las personas que pueden demandar daños son solo los afectados directos, y no como en Europa que puede demandar virtualmente cualquier persona que se sienta afectada.

CONDICIONES PARA LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA

Una de las diferencias entre el *Antitrust* y el Derecho de competencia es que EE. UU. tiene dos programas distintos de clemencia, mientras que la UE solo posee uno. El primero es para personas jurídicas y el otro es para personas naturales. La diferencia entre estos programas es que en el de individuos la clemencia es para no recibir sanciones penales ni multas, mientras que en el de corporaciones es solo para no recibir multas; cada uno tiene condiciones similares. En el *leniency program* para personas naturales las condiciones que se deben reunir para poder acceder a la inmunidad son tres.²⁴

En la primera condición, si el DOJ ha recibido previamente información sobre el cartel, quiere decir que ya se encuentra investigando al peticionario y por lo mismo no le va a dar inmunidad, ya que la información brindada no ha servido. En la segunda se necesita cooperar totalmente con el DOJ, es decir, si la autoridad necesita más pruebas, testimonios u otro tipo de colaboración, el peticionario debe estar ciento por

23. Ver European Union, Commission of the European Union, “White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules”.

24. Ver United States of America, Department of Justice, DOJ, “Leniency Program for Individuals” (10 de agosto de 1994).

ciento comprometido en entregar todo lo que se requiera; si esto no es cumplido no se otorgará inmunidad penal al peticionario. Finalmente, en la tercera condición, el peticionario no debe ser *ring leader*, es decir, no debe ser quien inició con el cartel, tampoco quien ejercía coerción sobre el resto de miembros para que cumplan con los acuerdos de esta organización criminal. Si el peticionario cumple con las dos condiciones anteriores pero fue *ring leader* del cartel no se le podrá dar la inmunidad penal solicitada. Las tres condiciones del programa son cumulativas y se deben cumplir todas para poder acceder al mismo. No obstante, si el individuo no accede al programa mediante estos requerimientos, es potestad del DOJ analizar caso por caso y entregarle inmunidad así no haya cumplido los requisitos; esto dependerá exclusivamente del DOJ.

Por otro lado, para el pedido de clemencia dentro de las corporaciones las condiciones que se deben cumplir son seis.²⁵ La primera condición es igual a la primera del pedido de clemencia de individuos, por lo cual no merece mayor análisis. En la segunda, la persona jurídica debe probar al DOJ que al momento en que descubrió ser parte del cartel terminó dicha actividad ilegal y la finalizó con el respectivo pedido de clemencia. En tercer lugar, la cooperación con el DOJ es igual a la cooperación del programa de individuos. Cuarto, si es factible, la persona jurídica debe restituir a las víctimas del cartel, normalmente de manera económica. Finalmente, si la corporación o la persona jurídica fue *ring leader* no se puede aplicar el programa, todas estas condiciones son cumulativas. A diferencia del programa para individuos, si no se cumplen con uno de los seis requisitos, existe un escenario B para que se pueda dar inmunidad.²⁶

Para continuar, procederemos a analizar el único programa que existe en la UE. Dentro de este régimen, el programa se encuentra en la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel, en la cual se estipula los requisitos para acceder al programa.²⁷

Las condiciones del programa de la UE son más detalladas que las de EE. UU., no obstante de eso, en esencia son las mismas. Al igual que en EE. UU., el peticionario debe entregar información que la Comisión no haya tenido con anterioridad y

25. Ver United States of America, Department of Justice, DOJ, “Corporate Leniency Program” (10 de agosto de 1993).

26. Ver United States of America, Department of Justice, DOJ, “Corporate Leniency Program” (10 de agosto de 1993).

27. Ver European Union, Commission of the European Union, “Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases”, *Official Journal of the European Union*, Bruselas (2006): título II.

dicha información debe ser suficiente para empezar una indagación, o que con dichos elementos probatorios se pueda dictaminar una violación del artículo 101 (1) del TFUE. Además en la UE se especifica que el *undertaking* que busca la clemencia debe realizar un *corporate statement* presentando las pruebas suficientes, nombres de directivos, direcciones y toda información que la Comisión considere necesaria para empezar la investigación. Como en EE. UU., si la Comisión ya posee pruebas o la información necesaria sobre el cartel y su práctica anticompetitiva antes de que el peticionario las entregue, dicho peticionario no podrá acceder al programa, ya que las pruebas entregadas no fueron de ayuda y el peticionario ya estaba siendo investigado. Otra semejanza que tiene con EE. UU. es que el peticionario debe prestar cooperación total con la Comisión desde el momento en que pidió clemencia y durante todo el procedimiento. Finalmente, al igual que en EE. UU., el peticionario que fue *ring leader* del cartel no podrá acceder al programa de clemencia.

Dentro del programa de la UE existe no solo “inmunidad” a las multas, sino que también existe una reducción a las mismas, que se da cuando el que ha presentado el pedido de clemencia no fue el primero en hacerlo, y para que dicha reducción se pueda aplicar se deben acatar algunos requisitos.²⁸ El ejemplo más emblemático que hay sobre estas reducciones y cómo funcionan es el célebre caso del cartel de vitaminas en la UE, donde la Comisión en su decisión sobre este cartel en los párrafos 760-767 estableció reducciones a las empresas Hoffman-La Roche AG, [y otras] de entre el 10% al 50% de la multa,²⁹ lo cual se tradujo en millones de dólares para las empresas. Si las empresas colaboran con los entes de control estas pueden recibir desde inmunidad hasta reducciones. Esto deja claro que el objetivo principal del programa no es obtener dinero, sino persuadir a las empresas a que no realicen carteles, y aún más importante descubrir y destruir los mismos.

PARÁMETROS PARA LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN ECUADOR

En el Ecuador el programa se encuentra establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (LORCPM), la cual en sus artículos 83 y 84 establece el régimen del programa de clemencia.³⁰ Estos artículos son una copia de

28. *Ibíd.*, título III.

29. Comisión de las Comunidades Europeas, *Caso COMP/E-1/37.512 Vitaminas*, Resolución de la Comisión, 10 de enero de 2003, párrafos: 760-7.

30. Ver Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 555, 13 de octubre de 2011, art. 83 y 84.

lo que se tiene en la UE; por un lado, el solicitante debe ser el primero en acudir a la autoridad, la información y las pruebas entregadas por este deben ser suficientes para realizar una inspección o poder declarar una violación al Derecho de competencia, todo tal cual las condiciones de la UE. Igualmente, si el solicitante entrega información que la autoridad –en este caso la Superintendencia– ya tenía en su poder, no podrá ser sujeto al programa, como ocurre en EE. UU. y en la UE. De igual manera, para obtener clemencia el solicitante debe colaborar al 100% con la autoridad correspondiente.³¹ Por otro lado, al igual que en la UE en Ecuador el peticionario debe terminar su actuar ilícito, caso contrario no podrá acceder a la inmunidad de la multa. Finalmente, en los tres sistemas, si se es *ring leader* la petición no será aceptada por la autoridad.

Por otro lado, en el artículo 84 de esta ley al igual que en la UE existe una reducción de las multas para los solicitantes del programa. Aquí se resalta que las nuevas pruebas entregadas por el aspirante dos, tres o cuatro deben tener un valor añadido para que la Superintendencia pueda determinar infracciones, y además deben cumplir con los cuatro requisitos cumulativos del artículo 83 de la LORCPM.

El elemento que más cambia en el programa del Ecuador en comparación de EE. UU. y la UE es la responsabilidad a las personas naturales. En Ecuador el artículo 2 de la LORCPM dispone que todo operador económico, sea persona natural o jurídica y que realice actividades económicas, esté sometido a la ley.³² Es decir, las personas naturales son imputables. Dicha imputabilidad es en el ámbito civil conforme a los artículos 83 y 84 de la LORCPM.³³

Por lo cual, en Ecuador tanto empresas como sus directivos son culpables civilmente y deben pagar las multas que la ley imponga. No obstante, dichas personas naturales son responsables civil pero no penalmente, como en EE. UU. Por lo cual, es una diferencia en la responsabilidad no solo frente a la UE sino también a EE. UU. Realizamos esta afirmación por el artículo 17 del Código Orgánico Integral Penal³⁴ (COIP). Con esta disposición en Ecuador, a diferencia de la UE, las personas naturales son responsables al menos civilmente por violaciones al Derecho de competencia.

31. Ver Ecuador, *Reglamento a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 697 (Quito, 7 de mayo de 2012), art. 104.

32. Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 555 (13 de octubre de 2011), art. 2.

33. Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. *Registro Oficial, Suplemento*, art. 83 y 84.

34. Ver Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 180, 10 de febrero de 2014, art. 17.

Sin embargo, a diferencia de EE. UU., no son responsables penalmente, dando como resultado un sistema híbrido.

Mencionamos que los objetivos del programa de clemencia son el descubrimiento, la sanción y la *prevención* de los carteles. Para poder prevenirlos se debe tener un efecto disuasivo suficiente en donde sea más rentable para las empresas y mejor para las personas entregarse a las autoridades que seguir infringiendo la ley. La mejor forma de lograr un efecto disuasivo en las personas es introduciendo la responsabilidad penal para individuos, como en EE. UU. Esta es la única forma en la que un CEO o empleados de una empresa en realidad tengan miedo de no colaborar con las autoridades porque pueden irse presos. Si bien es cierto, en Ecuador exista responsabilidad civil a diferencia de la UE, también es cierto que descubrir carteles es complicado, y pueden durar años hasta ser descubiertos. Por lo cual, la responsabilidad civil no es incentivo suficiente para que estas personas pidan clemencia en Ecuador.

Otra diferencia clara entre el régimen ecuatoriano, el de la UE y el de EE. UU. es que en Ecuador no se menciona el tema de qué hacer con la información que se entrega a la Superintendencia al momento de realizar el pedido de clemencia. No se sabe si dicha información puede ser sujeta a revelación posteriormente para futuras demandas, o si debe ser confidencial o privada. Entendemos que en la LORCPM se habla de la reserva de la información y la confidencialidad que los empleados de la Superintendencia deben mantener al momento de manejar información sobre los operadores económicos. No obstante, con el programa el operador se declara culpable y entrega a la Superintendencia la pruebas necesarias para esto. Además, una vez que la Superintendencia lo declara culpable debe expedir una resolución y en este momento dicha información ya se considera pública, por lo cual, en teoría, podría ser de acceso a terceras partes para iniciar cualquier demanda, como ocurría en Europa hasta 2015. Esto se ve reforzado por el art. 91 de la Constitución del Ecuador que permite realizar una acción para obtener acceso a la información que es pública³⁵ una vez que la Superintendencia haya realizado su informe. Ante esta realidad creemos la conveniencia de que la LORCPM sea modificada y se inserte una prohibición de revelar el *corporate statement* entregados a la autoridad, y que por ley esta información siempre se considere como privada. Con esto solo se impondría la multa a las empresas o personas que fueron parte del cartel y el peticionario no debería preocuparse por acciones de terceros por daños y perjuicios, logrando que el programa resulte más atractivo para los actores económicos.

35. Ecuador, *Constitución de la República* (2008), título III, “Garantías Constitucionales”, cap. Tercero, “Garantías jurisdiccionales”, art. 91 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s. f.): 52.

Con estos antecedentes, creemos que los parámetros de aplicación del programa en Ecuador son adecuados como se encuentran regulados en los artículos 83 y 84 de la LORCPM. No obstante, es muy importante que el artículo 17 del COIP sea reformado para que al menos en el tema de competencia los empleados de los *undertakings*, ya sean CEO, directivos o vendedores, tengan el incentivo y el miedo (efecto disuasorio) suficientes para colaborar a través del programa con las autoridades llegando a un efecto casi óptimo como ocurre en EE. UU. Además, se debería introducir en la LORCPM una disposición, como en la UE a partir de 2015, que prohíba entregar el *corporate statement* que realizaron los peticionarios en el programa, logrando así que el programa sea igual de fuerte que el *leniency program* americano.

CONCLUSIONES

Los programas de la UE y el de EE. UU. tienen diferencias muy marcadas, entre las principales está a quién se puede imputar penalmente por los carteles. En el caso de EE. UU., a diferencia de la UE, vimos que se puede imputar incluso a los individuos por estas violaciones a la competencia. Otra diferencia clara la encontramos en el hecho de que en la UE incluso los consumidores indirectos tengan acceso a acciones por daños y perjuicio, cosa que no ocurre en EE. UU.

De igual manera, el hecho de que en Europa hasta el año 2015 el poder entregar *corporate statements* haya sido solo en teoría es una clara muestra de los profundos contrastes que hay en estos programas, contrastes que existen debido a los objetivos del Derecho de competencia en estas dos legislaciones; EE. UU. persigue la eficiencia económica, mientras que la UE persigue el correcto funcionamiento del mercado interno.

En segundo lugar, debido a la diferencia de objetivos del Derecho de competencia de la UE y de EE. UU., da como resultado que el *Antitrust* tenga una clara ventaja sobre el Derecho de competencia de la Unión Europea. Dicha ventaja se ve reflejada en el efecto inhibitorio en la formación de carteles, el cual es más fuerte en los EE. UU., ya que no es lo mismo para un CEO o un empleado de una empresa el poder ir preso por violar la competencia, a solo perder su empleo como ocurre en la UE. Lo que logra la responsabilidad penal de los individuos a fin de cuentas es alcanzar el objetivo añorado de cualquier agencia de control de competencia, un programa de clemencia casi óptimo (tomando en cuenta que el efecto óptimo sería la desaparición total de carteles, escenario no factible) donde los infractores de la competencia tengan miedo y piensen dos veces antes de formar un cartel o, en el caso de haberlo ya formado, entregarse a las autoridades.

Finalmente, concluimos que los parámetros de aplicación de la LORCPM son válidos, estos recogen lo realizado en la UE, entidad que a su vez recogió en gran medida lo desempeñado por EE. UU. Sin embargo, si bien estos parámetros son válidos y el programa es aplicable en el país, creemos que se debería primero implementar una prohibición expresa en la LORCPM para que no se pueda realizar un *disclosure* del *corporate statement* entregado por las empresas y personas en su petición de clemencia. Si no hay esta prohibición expresa no va a existir un incentivo suficiente para aplicar al programa, ya que es posible que las empresas, a más de declararse culpables, puedan sufrir juicios donde sus propias declaraciones podrían ser usadas en su contra. Segundo, y más importante, el cambio que se debe realizar a la legislación ecuatoriana para lograr un programa de clemencia casi óptimo es una reforma al artículo 17 del COIP, el cual actualmente no permite castigar penalmente a los individuos que hayan realizado violaciones a la competencia.

Mientras en Ecuador no se traten estos ilícitos como lo que son: crímenes, y solo se puedan imponer multas civiles a personas que las realizan, no lograremos alcanzar el nivel y la potencia que tiene el programa en el *Antitrust* estadounidense. Los carteles seguirán funcionando y la sociedad en sí seguirá sufriendo por su actuar.

BIBLIOGRAFÍA

- Bork, Robert H. *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Part II*. New Haven: Yale Law School, 1966.
- Geradin, Damien, Anne Layne-Farrar y Nicolas Petit. *EU Competition Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Lianos, Ioannis. *Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law*. London: CLES Working Paper Series, 2013.
- Lianos, Ioannis, Valentine Korah y Paolo Siciliani, “Rules, standards and the concept of restriction of competition: a perspective of decision theory”. En *Competition Law: Cases and Materials*. s. l.: Hart Publishing, 2017.
- OECD, “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels. Policy Brief”. En *OECD Observer* (2001). Disponible en <<http://www.oecd.org/daf/competition/1890449.pdf>>.
- Wagner-von Papp, Florian. “Compliance and Individual Sanctions for Competition Law Infringements”. En Johannes Paha, edit., *Competition Law Compliance Programs-An Interdisciplinary Approach*. London: Springer, 2016.
- Wouter Wils, P. J. “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice” paper presented at the 25th Conference on New Political Economy Frontiers of EC Antitrust Enforcement: The More Economic Approach. En Dieter Schmidtchen y Stefan Voigt, edit., *The More Economic Approach to European Competition Law, Conferences on New Political Economy*. Saarbrücken: Mohr Siebeck, 2006.

---. “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”. *World Competition Law and Economics*, vol. 32, No. 1 (2009).

Wish Richard, David Bailey. *Competition Law*. London: Oxford University Press, 2015.

JURISPRUDENCIA

Comisión de las Comunidades Europeas. *Caso COMP/E-1/37.512 Vitaminas*. Resolución de la Comisión, 10 de enero de 2003.

LEYES Y NORMATIVA

Ecuador. *Constitución de la República*. Registro Oficial, No. 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal, COIP*. Registro Oficial, Suplemento, No. 180, 10 de febrero de 2014.

Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial, Suplemento, No. 555, 13 de octubre de 2011.

Ecuador. *Reglamento a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial, Suplemento, No. 697, 7 de mayo de 2012.

European Union. Commission of the European Union. “Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases”. (2006) Brussels: Official Journal of the European Union.

European Union. Commission of the European Union. “COMMUNICATION FROM THE COMMISSION Amendments to the Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases”. (2015) Brussels: Official Journal of the European Union.

European Union. Commission of the European Union. “COUNCIL REGULATION (EC) No. 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty”. (2003) Brussels: Official Journal of the European Communities.

European Union, Commission of the European Union. “REGLAMENTO (CE) No. 1/2003 DEL CONSEJO de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado” (2003) Brussels: Official Journal of the European Union.

European Union, Commission of the European Union. “REGLAMENTO (CE) No. 1049/2001 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”. (2001) Brussels: Official Journal of the European Union.

European Union. Commission of the European Union. “Treaty on the Functioning of the European Union”. (2012) Brussels: Official Journal of the European Union.

European Union, Commission of the European Union, “White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules”. (2008) Brussels: Official Journal of the European Union.

United States of America. *The Sherman Antitrust Act*. (1890).

United States of America. Department of Justice, DOF. “Corporate Leniency Program”. (10 de agosto de 1993).

United States of America. Department of Justice, DOF. “Leniency Program for Individuals”. (10 de agosto de 1994).

Fecha de recepción: 10 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 1 de mayo de 2017