

# CEDEC

Centro de Estudios de Derecho de la Competencia



## **VI Jornada de Libre Competencia en el Sector Financiero**

# **LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

**Alfonso Miranda Londoño**

**Bogotá D.C., 24 de febrero de 2017**

# **1. INTRODUCCIÓN**

## 1.1. Programas de Amnistía, Clemencia o Delación

- La investigación y sanción de conductas anticompetitivas es difícil, pues no se encuentran muchas evidencias directas.
- Los infractores han sofisticado los mecanismos para realizar estas conductas, los cuales hacen más difícil su detección.
- **Los programas de amnistía, clemencia o delación** pretenden generar incentivos para romper la lealtad entre los infractores.
- Para ello, ofrecen inmunidad total, parcial o reducción de las multas a quienes colaboren con la autoridad.
- Los programas de delación son la herramienta más eficaz en la lucha contra los carteles empresariales. Para su eficacia es vital la aplicación de la **Regla de Oro**
- En Colombia, en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 se incorporó esta figura.

## 1.2. Objetivos de la delación

Los principales **objetivos** de la delación son:

1. Crear un incentivo importante para que las empresas y personas que realizan prácticas anticompetitivas cesen su conducta y delaten a los demás coautores.
2. Desestabilizar los carteles y otras conductas anticompetitivas existentes.
3. Disuadir a los empresarios de formar e nuevos cárteles y/o conductas ilegales.
4. Reducir el costo en las investigaciones.

**Un prerrequisito para el funcionamiento mismo del sistema de competencia es que la autoridad pueda imponer sanciones importantes.**

## 1.3. La justificación de los programas de clemencia

Entre otras, se encuentran las siguientes **ventajas**:

1. Reducción de costos al detectar los cárteles
2. Disminución del tiempo necesario para que las autoridades adelanten un proceso y consigan la información necesaria
3. Utilización incentivos económicos que moverán a las empresas a delatar a sus cómplices y detener las prácticas anticompetitivas, lo cual se traduce en beneficios para toda la sociedad.

**2. LA DELACIÓN EN  
COLOMBIA: LEY 1340 DE  
2009 Y DECRETO UNIFICADO  
DEL SECTOR COMERCIO,  
INDUSTRIA Y TURISMO**

## 2.1. Beneficios por Colaboración con la SIC

- La SIC podrá conceder beneficios a quienes hayan participado en una **conducta** anticompetitiva, en caso de que le informen de su existencia y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aún cuando exista ya una investigación.
- Los beneficios podrán consistir en la **exoneración total o parcial de la multa**. No podrán acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta. La SIC graduará los beneficios y en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre.
- La SIC mide el beneficio por la información y las pruebas que permitan esclarecer la conducta, la identidad de los responsables y su participación. También por la oportunidad de la colaboración. El Decreto permite hacer delación hasta el Informe Motivado.

## 2.2. Beneficiarios

En el programa de delación pueden participar:

- 1. Personas jurídicas.** Su participación en el programa ampara automáticamente a las personas naturales a ellas vinculadas y les extiende los beneficios que, eventualmente, sean otorgados por la Autoridad.
- 2. Personas naturales.** Pueden participar de manera autónoma e independiente. Su actuación no beneficia a las personas jurídicas a las que se encuentran vinculadas.

## 2.2. Beneficiarios

Podrá recibir beneficios por colaboración quien:

1. Acepte su participación en la conducta anticompetitiva.
2. No haya sido el instigador o promotor del acuerdo o acuerdos restrictivos de la libre competencia que denuncia (**esta es una regla inconveniente que ha sido matizada en Colombia**)
3. Facilite evidencia acerca del objetivo de la conducta; las circunstancias de tiempo, modo y lugar; las partes del acuerdo y su nivel de participación, y los mercados afectados.
4. Ponga fin a su participación en el acuerdo o acuerdos restrictivos de la libre competencia que denuncia.
5. Colabore con la autoridad de competencia a lo largo del procedimiento administrativo.

Puede haber varios beneficiarios, pero tendrán diferentes grados de beneficios.

## 2.3. Beneficios

- **Exoneración total:** está disponible para quien cumpla primero con los requisitos antes mencionados, es decir, para quien acuda primero a la Autoridad para colaborar con ella. Si su delación es exitosa, puede beneficiarse con la exoneración del 100% de la sanción. **Se ha utilizado el sistema de "markers"**
- **Exoneración parcial:** los demás agentes del mercado que se acojan al programa de beneficios por colaboración con posterioridad tendrán derecho a exoneraciones parciales, a saber:
  - a. Segundo beneficiario: reducción entre el 30% y el 50% de la multa.
  - b. Demás beneficiarios: reducción de hasta el 25% de la multa.
- Se otorga una reducción adicional de 15% a quien informe sobre la existencia de un segundo acuerdo anticompetitivo – *"Leniency Plus"*.

## 2.3. Beneficios

- Vale la pena anotar que, a pesar de que en la Ley 1340 de 2009 se estipula que la SIC podrá conceder beneficios a quienes hayan participado en una **conducta** anticompetitiva, en el Decreto Único Reglamentario se establece únicamente que quienes pueden recibir beneficios por colaboración son quienes denuncien la existencia de **acuerdos** contrarios a la libre competencia.
- Por lo anterior, la figura de la delación debería extenderse a todas las conductas anticompetitivas, no solamente a los acuerdos que vayan en contra a la libre competencia, como lo establece el artículo 14 de la 1340 de la ley 2009, para reducir así los incentivos de participar en cualquiera de estas.

## 2.4. Pérdida de los beneficios

- El otorgamiento de los beneficios por el Superintendente Delegado, al comienzo del proceso está condicionado a la colaboración del delator. Los beneficios solamente se vuelven ciertos cuando los ratifica el Superintendente en la decisión que pone fin a la investigación.
- **Esto representa un primer desafío para el sector privado:** al participar en el programa, se acepta la conducta y se entrega toda la información disponible; por lo tanto, se renuncia a cualquier eventual posibilidad de defensa. Por lo tanto, si la Autoridad decide no otorgar los beneficios, es posible que el participante quede limitado a utilizar argumentos procesales para demandar la nulidad de la sanción.

## 2.4. Pérdida de los beneficios

Razones para no otorgar los beneficios al participante:

- Incumplimiento de las obligaciones del acuerdo suscrito con la Autoridad.
- Falta de colaboración con la Autoridad, desatención de los requerimientos de información y obstrucción de la investigación.
- Demostración de que el participante fue el instigador del acuerdo anticompetitivo **(este es un factor muy inconveniente)**
- Continuación de la conducta anticompetitiva.
- Evaluación distinta por parte del Superintendente acerca de la utilidad de las pruebas allegadas, con respecto al Superintendente Delegado.

Las personas naturales vinculadas a personas jurídicas participantes pueden ser excluidas también si niegan su participación en el acuerdo anticompetitivo.

## 2.5. Primeras experiencias

- El régimen de beneficios por colaboración está siendo utilizado, por primera vez, en los casos de Cuadernos, Papel Suave y Pañales.
- La mayoría de participantes en los programas de delación obtuvieron los beneficios que habían convenido inicialmente (entre el 50% y el 100% de reducción de la multa impuesta).
- Los beneficios fueron efectivamente extendidos a las personas naturales relacionadas con las compañías que obtuvieron los beneficios.
- La decisión fue confirmada tras la interposición de los recursos de reposición por parte de los afectados.
- Es necesario tener en cuenta, para futuras experiencias, que **en el caso de Papel Suave, uno de los aplicantes fue excluido del programa por no haber prestado suficiente colaboración.**

# **4. COMENTARIOS DESDE EL SECTOR PRIVADO**

## 4. Comentarios desde el sector privado

- Es claro que la existencia de un programa de delación actúa como incentivo para que los agentes económicos cesen su participación en conductas anticompetitivas y ayuden a su descubrimiento.
- Sin embargo, surgen ciertas inquietudes frente a su aplicación:
  1. **Responsabilidad penal y civil derivada de conductas anticompetitivas.** Aplicar al programa de clemencia permite atenuar o eliminar las multas **administrativas** derivadas de estas prácticas. Sin embargo, la participación en el programa expone a sus solicitantes a los efectos penales y civiles (indemnización de perjuicios). Estos riesgos desincentivan a los posibles aplicantes. **Debe aplicarse la Regla de Oro.**

## 4. Comentarios desde el sector privado

- 2. Manejo de la información entregada por el solicitante ante otros procesos.** Debe procurarse la confidencialidad de la información de la delación frente a procesos judiciales de otra naturaleza. **Debe aplicarse la Regla de Oro.**
- 3. Manejo de la información frente al retiro de la solicitud.** La autoridad debe dar un mensaje de confianza para los potenciales aplicantes sobre el manejo de la información de la delación por la autoridad cuando el aplicante se retire de la delación o no se suscriba el acuerdo.
- 4. Diversas sanciones según la conducta.** La solicitud de clemencia, puede traer otro tipo de sanciones (ej. prohibición de contratar con el Estado, restricciones para los administradores, etc.), que pueden desincentivar a los posibles aplicantes. **Debe aplicarse la Regla de Oro.**

## 4. Comentarios desde el sector privado

- 2. Daño reputacional derivado de la participación en el programa.** La delación puede acarrear un daño a la reputación que puede ser incluso superior al beneficio derivado de la participación en el programa. **Debe aplicarse la Regla de Oro.**
- 5. La ausencia de un procedimiento transparente y claro actúa como desincentivo.** Con el paso de los años y la aparición de más casos, será más claro el funcionamiento. **Debe aplicarse la Regla de Oro.**
- 6. Debido proceso de los demás investigados.** La clemencia implica un cuidadoso trabajo a la hora de permitir que ellos conozcan y controviertan las pruebas presentadas por el solicitante de los beneficios.

## 4. Comentarios desde el sector privado

8. **Extensión a otro tipo de conductas.** Restringir la utilidad del programa a los acuerdos anticompetitivos puede limitar su alcance potencial. Sin embargo, en el caso panameño, sería necesario modificar las normas para permitir la delación de otro tipo de conductas (ver numeral 5).
9. **Delación por persona natural.** En países como Panamá, el impedir que los “facilitadores” puedan aplicar al programa reduce la eficacia del mismo. Esto podría ser útil si se abriera el programa a otro tipo de conductas, como se mencionó en el numeral 4 (ej. si una empresa está abusando de su posición de dominio, sus empleados, “facilitadores”, podrían presentar la solicitud).

# **5. CONCLUSIONES**

## 5. CONCLUSIONES

- Los programas de clemencia son la herramienta más efectiva que tienen los Estados en la lucha contra los carteles empresariales.
- Las disposiciones legales vigentes en países como Colombia y Panamá son el primer paso para consolidar un programa que cumpla sus objetivos.
- No obstante, desde el sector privado se observan un gran número de factores que podrían desincentivar el acercamiento de posibles solicitantes al programa.
- Las Autoridades de Competencia tienen un rol fundamental para que las bases que se sienten en los primeros años de aplicación de estas normas conduzcan a una aplicación eficaz y garantista del programa.

# CEDEC

Centro de Estudios de Derecho de la Competencia

## FIN DE LA PRESENTACIÓN

ESTE DOCUMENTO ESTÁ  
DISPONIBLE EN :

[www.centrocedec.org](http://www.centrocedec.org)