

Informe Sobre la Aplicación de Programas de Amnistía al Control de Carteles

Aldo P. González
GREMAQ- Universidad de Toulouse

I INTRODUCCION

La cartelización de una industria es considerada como una ofensa de mayor gravedad en la generalidad de las legislaciones sobre competencia en el mundo. Dentro del delito de cartelización se incluye una serie de prácticas consideradas anti-competitivas tales como: acuerdo entre competidores en precios, reparto geográfico del mercado, acuerdo de cuotas de producción, colusión en subastas, etc.

Los carteles producen un gran daño a la economía ya que se suprimen todos los beneficios que se derivan de la competencia y la acción independiente de las firmas que conforman una industria. El efecto inmediato de la operación de estas organizaciones ilegales es el incremento en los precios de los bienes producidos por el cartel, lo cual además del perjuicio causado a los consumidores, causa una pérdida social al producirse una cantidad menor al nivel óptimo o de competencia

Desde finales del siglo XIX, cuando se promulgo en Estados Unidos la “Sherman Act” cuyo propósito fue declarar ilegales los carteles o “trusts” que hasta esa fecha operaban abiertamente en tal país, los distintos países han dado alta prioridad a combatir esta práctica. Sin embargo, existe el convencimiento que los métodos hasta ahora empleados : la aplicación de altas penas (civiles y criminales), el uso de indagaciones persecutorias y hasta allanamientos en busca de pruebas inculpatorias, no ha producido el efecto esperado de prevenir la operación de este tipo de organizaciones. Desde el punto de vista informacional, el grave problema con los carteles, es que su acción puede pasar completamente inadvertida sin que las autoridades antimonopolios ni las víctimas del cartel lo detecten. Este no es el caso de otras prácticas anticompetitivas – predación o restricciones verticales- donde la firma supuestamente afectada da la señal de alarma a la autoridad.

La introducción de los **Programas de Amnistía** o de delación compensada son un cambio de enfoque sobre como combatir este delito de carácter colectivo como es la cartelización. Este tipo de instrumento busca la desertión de al menos una de las firmas del cartel a la cual se le ofrece una reducción o anulación total de la sanción a cambio de confesar su participación en el cartel y entregar pruebas que permitan fehacientemente inculpar al resto de los miembros de la organización.

Estos programas, que han resultado ser efectivos para actuar sobre otros delitos como terrorismo, mafia y narcotráfico, han comenzado recientemente a ser empleados en la persecución de los carteles. Estados Unidos en 1993 y la Unión Europea en 1996 establecieron formalmente sus programas de amnistia con resultados que a la fecha han sido altamente satisfactorios en terminos del notable incremento en el número de carteles detectados, firmas sancionadas y la magnitud de las multas aplicadas.

Las estadísticas demuestran que estos programas han sido instrumentos eficaces para incentivar a las firmas a desertar de los acuerdos colusivos a los que pertenecen o han pertenecido. La confesión de las firmas ha permitido conocer detalles sobre la operación de los carteles, donde los casos más llamativos corresponden a carteles que operaban a escala

internacional y que algunos de ellos lograron incrementar los precios de sus productos hasta en un 70%, lo que demuestra el nivel de daño causado por tales organizaciones.

El presente informe comienza por efectuar un análisis teórico de la operación de los carteles, con énfasis en la modelación del efecto producido por los programas de amnistía en los incentivos para coludir y desertar del acuerdo ilegal. Para este fin, se trabaja en base a los dos trabajos en teoría económica más divulgados hasta la fecha sobre estos programas (Motta & Polo 1999 y Spagnolo 2000). En la segunda parte se presentan los elementos más importantes de las leyes sobre amnistía para el combate a los carteles en el mundo, incluyéndose un breve análisis comparativo y evolutivo de las legislaciones. La tercera parte se trata sobre la aplicación de los programas de amnistía en Europa y Estados Unidos, donde se incorpora estadísticas sobre casos descubiertos, firmas participantes, multas y reducciones aplicadas, lo que permiten tener una evaluación global de la forma en que las autoridades encargadas de la competencia han empleado este nuevo instrumento en lucha contra los carteles. Finalmente, se entregan algunas recomendaciones generales para la implementación de los programas de amnistía en nuestra economía.

II ANALISIS TEORICO

Los carteles son comúnmente definidos como organizaciones o acuerdos explícitos entre firmas pertenecientes a una misma industria con el objeto de maximizar su beneficio conjunto a través de la fijación de precios y/o el reparto de cuotas de mercado.

Dado el carácter ilegal que los carteles tienen en todas las economías, sus acuerdos no son contratables¹ y la forma en que sus miembros vigilan el cumplimiento del acuerdo es a través de la repetida interacción que ellos tienen en el tiempo. Esto quiere decir que cualquier firma que se desvíe es castigada por el resto de las firmas de tal modo que los beneficios de la empresa que deserta sean sustancialmente afectados.

En lenguaje de la teoría de juegos esto corresponde a un *Super Juego*, es decir un juego que se repite sucesivamente en el tiempo. Para ver si la estrategia de respetar el acuerdo colusivo es dominante, observemos lo siguiente:

Consideremos un oligopolio en que existen N simétricas firmas, las cuales compiten en cantidad a la Cournot (el argumento es válido también si la competencia es en precio). Si las firmas se encuentran sólo una vez en el tiempo, el equilibrio no cooperativo o de Nash será $q = q_N$ y cada firma obtendrá Π_N . Cuando este juego se repite indefinidamente en el tiempo, las firmas pueden mejorar su resultado adoptando un conjunto de estrategias que les permita alcanzar el óptimo conjunto en que cada firma ofrece q_M y obtiene Π_M , donde $\Pi_M > \Pi_N$. Nótese que este resultado no constituye un equilibrio estático ya que la respuesta óptima a q_M es producir q_D donde la firma que se desvía obtiene un beneficio igual a Π_D donde $\Pi_D > \Pi_M$.

Friedman (1971) propone una estrategia en que cada firma juega q_M siempre que todas las firmas han jugado anteriormente q_M y juega q_N para siempre en adelante si alguna firma se ha desviado en algún período anterior jugando q_D . Para que esta estrategia logre que las firmas se mantengan en colusión, se debe cumplir que:

$$\Pi_M + \delta \Pi_M + \delta^2 \Pi_M + \delta^3 \Pi_M + \dots \geq \Pi_D + \delta \Pi_N + \delta^2 \Pi_N + \delta^3 \Pi_N + \dots$$

Lo que es equivalente a:

$$\frac{\Pi_M}{1-\delta} \geq \Pi_D + \delta \frac{\Pi_N}{1-\delta} \quad (1)$$

donde δ se define como el factor de descuento²

o bien

o bien:

¹ Esto significa que un sistema judicial no puede hacer cumplir el acuerdo entre las partes

² $\delta = 1/(1+r)$, donde r es la tasa de descuento.

$$\delta \geq \frac{\Pi_d - \Pi_m}{\Pi_m - \Pi_n}$$

La interpretación de la ecuación 1 es que la firma al evaluar si seguir o no en el cartel debe comparar los beneficios inmediatos de desviarse versus las menores ganancias futuras debido a un comportamiento más agresivo del resto de las firmas que la castigan producto de su desviación.

Si la condición definida en la ecuación 1 no se cumple, la cartelización se rompe y las firmas juegan no cooperativamente por siempre, obteniendo Π_N como beneficio en cada período.

Si bien la colusión tácita es modelada en forma similar a la colusión explícita o carteles, la principal diferencia radica en que esta última es más efectiva en lograr la coordinación en la región de máximo beneficio conjunto bajo las restricciones de participación definidas por la ecuación 1. Tal como lo señala Neven et al³, la comunicación directa dada por la colusión explícita es muy superior a la sola repetida interacción en términos de coordinarse en un único equilibrio, detectar las desviaciones y acordar una estrategia de castigo.

³ Neven, Papandropoulos and Seabright. CEPR 1998

1. Bibliografía Sobre Programas de Amnistía

Leniency Programs and Cartel Prosecution *Massimo Motta & Michele Polo 1999*

Este es el primer artículo que estudia la aplicación de los programas de amnistía al control de los carteles. Los autores establecen un modelo donde existe una Autoridad Antimonopolios (AA) cuya política por defecto es la investigación en forma aleatoria de industrias en las cuales se tiene presunción de la existencia de acuerdos explícitos en precios. En el caso que las firmas son declaradas culpables de cartelización, ellas reciben una sanción monetaria equivalente a la máxima multa : F .

Benchmark : Investigación y Sanción sin Amnistía.

Los principales ingredientes de esta política por defecto son los siguientes

La AA tiene información perfecta acerca de las firmas que están en colusión (por el nivel de precios observado en el mercado). Sin embargo para poder ser declaradas culpables es necesario encontrar evidencia incuestionable de que han existido acuerdos explícitos⁴ para fijar precios.

No todas las industrias en estado colusivo son investigadas (lo que refleja la restricción presupuestaria de las agencias entre otros), por lo tanto si las firmas están en colusión, con probabilidad α la industria es investigada. Una vez comenzada el proceso indagatorio, con probabilidad p se encuentra evidencia dura y las firmas son sancionadas y obligadas a pagar F . Con probabilidad $1-p$ la AA no es capaz de inculpar a las empresas.

Las firmas que conforman la industria, bajo esta política, tienen dos estrategias: Coludirse, bajo el riesgo de ser descubiertas y sancionadas o desviarse.

Para encontrar el equilibrio de esta configuración el proceso de estructura como un juego de 3 etapas.

En $t = 0$, la Autoridad Antimonopolios fija los parámetros F , α , p

En $t = 1$ Las firmas, conociendo el valor de los parámetros fijados por la AA, deciden ya sea coludirse y obtener Π_M a $t=1$, o bien desviarse y obtener Π_D en $t = 1$ pero en los sucesivos períodos, el acuerdo se rompe y se obtiene Π_N . Todo bajo la condición estándar ya definida de : $\Pi_N < \Pi_M < \Pi_D$.

⁴ Bajo este modelo sólo es ilegal la colusión explícita (Hard Core Cartels)

En $t = 2$, la AA habiendo observado la existencia o no de colusión decide empezar una investigación con probabilidad α . Si la investigación es comenzada, con probabilidad p se encuentra evidencia y las firmas son sancionadas y obligadas a pagar F . Con probabilidad $1-p$ la AA no es capaz de inculpar a las empresas.

Si la auditoria no es realizada, el juego vuelve a la etapa $t = 1$. Si la auditoria es realizada y las firmas son inculpadas estas últimas juegan no cooperativamente en los períodos sucesivos (obteniendo Π_N por siempre) y finalmente si no es encontrada evidencia no se abren nuevas investigaciones en el futuro y las firmas mantienen la colusión en el futuro.

La condición para la existencia de colusión es que el valor presente esperado de decidir actuar colusivamente en $t=1$ (V_c) sea mayor al valor presente esperado de desviarse de la colusión (V_{nc})

Donde V_{nc} y V_c están definidos en las ecuaciones 2 y 3 respectivamente.

$$V_{nc} = \Pi d + \frac{\delta}{1-\delta} \Pi n \quad (2)$$

$$V_c = \Pi m + \delta \alpha \left[p \left(\frac{\Pi n}{1-\delta} - F \right) + (1-p) \frac{\Pi m}{1-\delta} \right] + \delta (1-\alpha) V_c$$

El primer término de la ecuación anterior es el beneficio inmediato de coludir. El segundo término, en corchetes, es el valor presente de los beneficios en $t=2$ si la AA abre una auditoría. El último término corresponde a los beneficios si en $t = 2$ la AA no comienza una investigación.

$$V_c = \frac{\Pi m + \delta \alpha \left[p \left(\frac{\Pi n}{1-\delta} - F \right) + (1-p) \frac{\Pi m}{1-\delta} \right]}{1 - (1-\alpha)\delta} \quad (3)$$

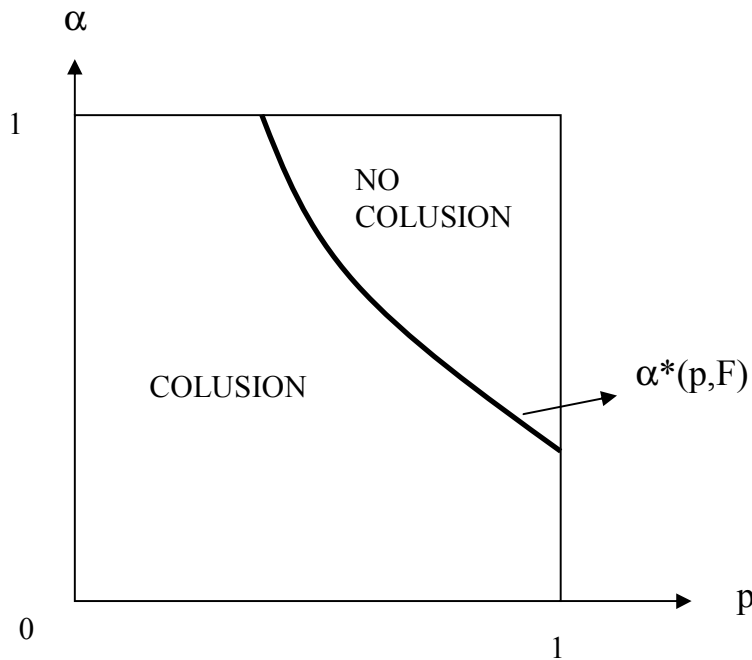
Entonces, la colusión existe si $V_c > V_{nc}$ o lo que es equivalente si α es menor al valor crítico α^* definido en la ecuación 4.

$$\alpha^*(p, F) = \frac{(1-\delta)[\Pi m - \Pi d + \delta(\Pi d - \Pi n)]}{\delta[pF(1-\delta) + p(\Pi m - \Pi n) + \Pi d(1-\delta) - \Pi m + \delta\Pi n]} \quad (4)$$

Si las firmas deciden coludirse cuando no existe ningún control de carteles, es decir la condición expuesta por la ecuación 1 es válida, entonces $\alpha^*(p, F)$ es siempre positivo.

En la figura 1 se grafica $\alpha^*(p)$ mostrando las regiones en el espacio α, p en las cuales las firmas deciden coludir o desviarse.

Figura 1



Como puede observarse, la frontera $\alpha^*(p, F)$ es decreciente en p , lo que implica que un aumento en la probabilidad de ser capturado si existe una investigación es compensado con un descenso en el valor de α^* para dejar a la firma indiferente entre las dos estrategias

Además, si la multa máxima F aumenta, la curva $\alpha(p)$ se desplaza hacia el origen, haciendo crecer la región donde las firmas deciden no coludir. Esto es así ya que a mayor valor de F el beneficio por coludir disminuye (ecuación 3), en este caso el clásico resultado atribuido a Becker (1968), en que lo óptimo para detener la acción ilegal es aplicar una multa igual a infinito, es válido. Sin embargo, por diversas razones, existen límites a la sanciones a aplicar. En este caso se asume que F es la mayor multa que puede ser aplicada a las firmas culpadas por colusión.

Los valores de α y p se puede asumir que dependen de los recursos con que cuenta la AA. A mayor presupuesto, ésta podrá iniciar más indagaciones acusatorias y realizar más esfuerzo orientado a encontrar las pruebas de la existencia de colusión. Claramente, se desprende de la figura, que a mayores recursos es más probable que el equilibrio se halle en la región en que las firmas deciden no coludir.

Introduciendo Programas de Amnistía.

Dentro del marco anterior de persecución de carteles, la AA introduce un programa de amnistía. Este consiste en que a las firmas bajo colusión se les ofrece cooperar con la AA proveyendo evidencia dura respecto a la existencia de acuerdos en precios a cambio de una reducción en la sanción de F a R donde $0 \leq R \leq F$.

La estructura del juego anteriormente descrito se modifica ligeramente. En $t = 2$, si la investigación es abierta por la AA, las firmas bajo cuestión deciden simultáneamente si revelar o no información. Si por lo menos una firma coopera y revela información la AA es capaz de probar con probabilidad $p = 1$ que ha habido comportamiento ilegal. Las firmas que cooperan pagan sólo R y las que no cooperan son sancionadas con la multa máxima F . Si ninguna firma decide cooperar, la política por defecto sigue operando, es decir con probabilidad p todas las firmas pueden ser descubiertas y obligadas a pagar F .

La firma que coopera obtiene un beneficio, en valor presente de:

$$\frac{\Pi n}{1 - \delta} - R$$

La firma que no coopera, si alguna ha revelado información obtiene:

$$\frac{\Pi n}{1 - \delta} - F$$

Si ninguna firma coopera, cada una obtiene:

$$p\left(\frac{\Pi n}{1 - \delta} - F\right) + (1 - p)\frac{\Pi m}{1 - \delta}$$

Luego del comienzo de la investigación, cada firma posee dos estrategias: Cooperar o No Cooperar. Claramente, si tan sólo una firma coopera, la mejor estrategia para las otras firmas es cooperar también (ya que pagan una menor multa). Por lo tanto el vector de estrategias en que todos cooperan constituye un equilibrio del juego, ya nadie querrá desviarse y pagar más.

El otro posible equilibrio es el vector de estrategias en que nadie colabora con la AA. Para que esto ocurra se debe cumplir que:

$$p\left(\frac{\Pi n}{1 - \delta} - F\right) + (1 - p)\frac{\Pi m}{1 - \delta} \geq \frac{\Pi n}{1 - \delta} - R \quad (5)$$

Una alta probabilidad de ser descubierto en caso de no cooperar incentiva a las firmas a acogerse al programa de amnistía

o lo que es equivalente:

$$p \leq p^*(R, F) = \frac{R(1 - \delta) + \Pi m - \Pi n}{F(1 - \delta) + \Pi m - \Pi n}$$

En resumen:

Si : $p \geq p^*(R, F)$ “Todos cooperan” es el único equilibrio de Nash del juego

Si $p \leq p^*(R, F)$ “Nadie Coopera” también constituye un equilibrio y es superior al equilibrio en que todos revelan ya que las firmas obtienen un beneficio mayor.

Motta y Polo asumen que si la segunda condición es válida las firmas se coordinarán en el equilibrio en que nadie revela información, debido a que es más beneficioso.

Como puede apreciarse en la ecuación 5, programas de amnistía más agresivos – menor R – hacen más exigente la condición de que las firmas opten por no cooperar.

a) Si estamos en el primer caso, $p \geq p^*(R, F)$, en $t = 1$ las firmas deben decidir si optar por la estrategia de Coludir y Revelar (C.R.) o bien por la estrategia de No Coludir (NC)

El beneficio $-V_{cr}$ - que se percibe de la primera decisión es:

$$V_{cr} = \Pi m + \delta \Pi r$$

donde:

$$\Pi r = \alpha \left(\frac{\Pi n}{1 - \delta} - R \right) + (1 - \alpha) V_{cr}$$

finalmente:

$$V_{cr} = \frac{\Pi m + \alpha \delta \left(\frac{\Pi n}{1 - \delta} - R \right)}{1 - \delta(1 - \alpha)}$$

La condición para preferir coludir y revelar si se inicia una investigación a no coludir está dada por:

$$V_{cr} \geq V_{nc}$$

o

$$\frac{\Pi m + \alpha \delta \left(\frac{\Pi n}{1 - \delta} - R \right)}{1 - \delta(1 - \alpha)} \geq \Pi d + \delta \frac{\Pi n}{1 - \delta}$$

En este caso a menor R la estrategia de coludir y revelar se hace más deseable que no coludir del todo.

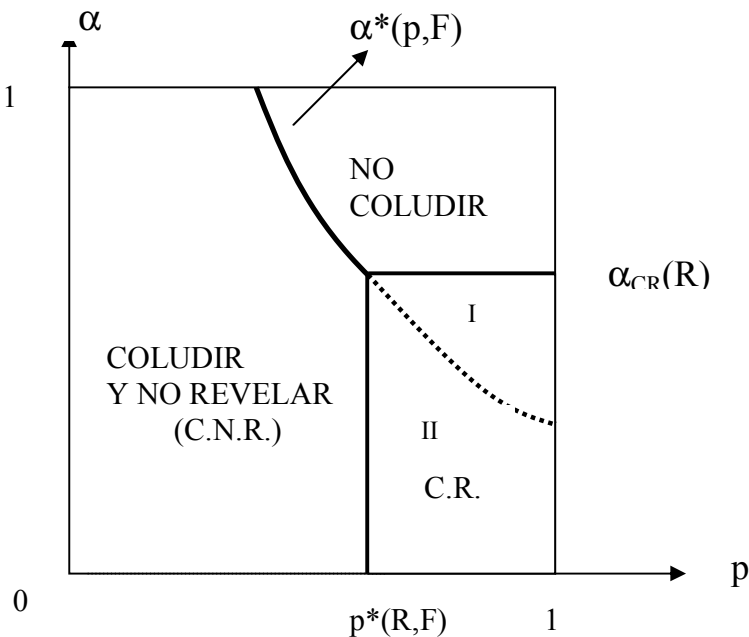
Haciendo la igualdad en la ecuación anterior, se obtiene el valor límite definido como α_{CR}

$$\alpha_{CR} = \frac{\Pi m - \Pi d + \delta(\Pi d - \Pi n)}{\delta(\Pi d - \Pi n + R)}$$

b) En el caso en que el programa de amnistía no afecta el equilibrio colusivo, es decir $p \leq p^*(R,F)$, en $t=2$ las firmas deben decidir si coludir y mantener el acuerdo en adelante o bien desviarse. La condición límite en este caso está dada por la ecuación 4, es decir aquí opera la política de persecución de carteles por defecto.

En la figura N°2 se muestran las regiones en que cada una de las estrategias posibles: No Coludir (NC), Coludir y Revelar (CR) y Coludir y No Revelar (CNR) es dominante. Las regiones en que cada estrategia es adoptada por las firmas, están delimitadas por los valores límites definidos como α^* , α_{CR} y p^*

Figura 2



Lo primero que se puede apreciar, comparada con la figura 1, es que la introducción de un programa de amnistía no es inequívocamente un mejoramiento en el sentido de Pareto respecto a la situación por defecto de sólo auditorías. Por un lado se logra romper con carteles que no era posible inculpar sin los programas (Región II dentro de CR), pero al mismo tiempo se induce colusión en casos en los que anteriormente no existía (Región I).

Esto se explica por el efecto que tiene R en los valores límites α_{CR} y p^* . Una vez empezada una investigación, mientras mayor es la disminución en la multa por cooperar (menor R) mayor es la posibilidad de que las firmas decidan cooperar, en el gráfico esto equivale a desplazar el límite p^* hacia la izquierda, haciendo crecer la región donde la delación funciona. Esto se considera positivo ya que la apertura de investigaciones produce el efecto deseado de inducir a las firmas a colaborar con la AA. y así terminar con los carteles.

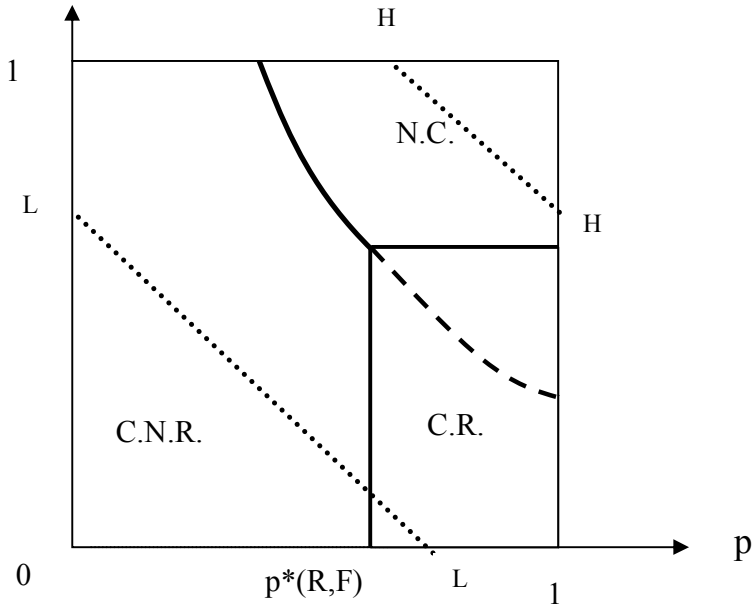
Desde el punto de vista ex-ante, un menor valor de R debilita el efecto disuasivo de la política antimonopolios. En el caso extremo de $R=0$, no existe riesgo legal de coludir ya que una vez comenzada la investigación por parte de la AA, las firmas siempre pueden acogerse al programa de amnistía y no pagar multa alguna. La atenuación del efecto preventivo debido a un menor R se representa por un desplazamiento hacia arriba del valor límite α_{CR} , lo que hace crecer la región I.

Implementación de los Programas de Amnistía.

La aplicación de estos programas de delación compensada debe tener presente este trade-off entre más delación versus menos prevención. Desde el punto de vista de la maximización del bienestar social el first best es impedir la colusión por el efecto preventivo, esto quiere decir que la AA creíblemente puede disponer de recursos e iniciar procesos indagatorios para inculpar a las empresas en acuerdo ilícito, aunque en equilibrio nunca se inicie un proceso. Esto corresponde a la prevención total de colusión (Región NC dentro de la figura 2). El second best corresponde a la situación "Coludir y Revelar", existe pérdida social por colusión en equilibrio, pero esta es rota cuando la AA decide iniciar una investigación. Finalmente la situación menos deseable es cuando incluso los programas de amnistía no logran quebrar el acuerdo colusivo (Región CNR) y estos sólo podrían ser sancionados si una investigación es comenzada y exitosamente concluida.

Motta y Polo señalan que la decisión de si es óptimo o no implementar un programa de Amnistía en respaldo a los procedimientos normales de combate a los carteles depende del presupuesto con que cuenta la AA. Suponiendo que el costo de incrementar marginalmente α y p es constante, una agencia con bajo presupuesto se representa por una recta presupuestaria más cerca del origen en la figura 3 (recta LL), en este caso la AA no puede optar a la región de disuasión total NC y debe contar con el funcionamiento de los programas de amnistía (Región II dentro de CR) para romper los carteles, haciendo una adecuada elección de los parámetros α, p, R (extremo inferior derecho de la recta presupuestaria). Una Agencia con alto presupuesto (Recta HH en figura 3) puede lograr una prevención total ya que es capaz de destinar más recursos a las labores de indagación logrando ubicarse, en equilibrio, en la región NC.

Figura 3



Otra lección importante que puede obtenerse de este modelo es que los programas de amnistía son inefectivos si son ofrecidos a las firmas antes de que una indagación acusatoria comience. Al igual que antes, se asume que en $t = 1$ una firma decide si actuar colusivamente o no. La modificación sería que al comienzo de $t = 2$, la firma si ha coludido en $t = 1$, puede voluntariamente cooperar y pagar R o bien esperar a que la AA actúe (es decir abra o no una investigación). Para ver si coludir y autodeclarar es un equilibrio perfecto de este sub-juego asumamos que en $t=2$ la firma que ha coludido en $t=1$ declara, en este caso obtiene un beneficio igual a:

$$Vca = \Pi m + \delta \left(\frac{\Pi n}{1 - \delta} - R \right)$$

Para que esta estrategia sea óptima debe compararse con la alternativa a $t=1$ de desviarse, donde obtendría:

$$Vnc = \Pi d + \delta \frac{\Pi n}{1 - \delta}$$

Claramente, $Vnc \geq Vca$, ya que $\Pi_D \geq \Pi_M$ y $R \geq 0$. Por lo tanto, las firmas jamás van a optar por declarar que han coludido antes que una investigación haya comenzado.

Optimal Leniency Programs” Giancarlo Spagnolo 2000

Spagnolo en su artículo desarrolla un modelo de diseño óptimo de programas de amnistía en base a supuestos similares a los de Motta & Polo (**MP**) pero amplía el rango de R a valores negativos (recompensas por desertar) con lo cual muchos de los resultados obtenidos por MP varían.

Supuestos del Modelo

Al igual que en MP se asume que bajo la ausencia de cualquier control de carteles la industria logra el equilibrio colusivo, es decir la ecuación 1 es válida.

La política por defecto consiste en indagaciones aleatorias efectuadas en las industrias. La probabilidad de comenzar una investigación es igual a α y si la industria en cuestión está bajo colusión la AA encuentra evidencia dura con completa certitud ($p = 1$ en el modelo MP) y se les aplica la sanción máxima F a las firmas. El parámetro α es crecientemente dependiente en B , el presupuesto con que cuenta la AA para perseguir carteles.

Bajo esta política base, existe colusión si y solo si los beneficios de seguir en colusión – incluyendo el riesgo de ser sancionado- son mayores al beneficio de desviarse. Esto es:

$$\frac{\Pi m + \alpha \delta \left(\frac{\Pi n}{1 - \delta} - F \right)}{1 - \delta(1 - \alpha)} \geq \Pi d + \delta \frac{\Pi n}{1 - \delta} \quad (6)$$

El programa de amnistía se introduce “inesperadamente” y consiste en que se les permite a las firmas que han estado bajo colusión de auto declarar su pertenencia a un cartel a cambio de optar a una sanción deducida $R < F$. A diferencia de MP, este programa sólo se ofrece a las firmas antes que la investigación comience. Dado que se asume $p=1$, no tiene sentido aplicarlo después de comenzada la investigación ya que las firmas serán inculpadas de todas formas si actuaron ilegalmente.

Programas de Amnistía Moderados.

De esta forma Spagnolo identifica a los programas que sólo pueden ofrecer reducción en las sanciones por colaborar, $R > 0$ siendo imposible emplear recompensas. En este caso, la conclusión obtenida es la misma de MP, el programa de amnistía es no tiene efectividad para lograr la deserción ya que la alternativa de desviarse siempre será superior a coludir y colaborar cuando $R > 0$. Las opciones de desviarse y cooperar o coludir y cooperar serán siempre dominadas por la estrategia de desviarse sin declarar.

$$\Pi m + \delta \left(\frac{\Pi n}{1-\delta} - R \right) \leq \Pi d + \delta \frac{\Pi n}{1-\delta} \quad \text{y} \quad \Pi d + \delta \left(\frac{\Pi n}{1-\delta} - R \right) \leq \Pi d + \delta \frac{\Pi n}{1-\delta}$$

Si antes de la introducción del programa de amnistía las firmas estaban en colusión las firmas seguirán bajo ese estado.

Existe un detalle técnico que merece ser mencionado, y es que si la estrategia de castigo aplicada por las firmas a quienes se desvían es más severa que el volver al equilibrio no cooperativo estático de nash⁵ Π_N , entonces las firmas pueden optar por acogerse al programa de amnistía incluso cuando R es positivo. Sin embargo como lo indica Spagnolo, este es un caso que en la realidad es menos probable que exista.

Programas de Amnistía Audaces

Cuando es posible emplear recompensas, $R < 0$, para premiar a las firmas que reportan información a la AA antes de que se abra un proceso, entonces es factible alterar cualquier potencial equilibrio colusivo existente antes de la introducción del programa.

Si $R < 0$, la estrategia de desviarse y revelar es superior a desviarse solamente. La estrategia de jugar colusivamente y revelar también es dominada por desviarse y revelar ya que $\Pi_D \geq \Pi_M$. En consecuencia si la ecuación 6 se mantiene, es decir en ausencia de programas existe colusión, esta puede ser modificada escogiendo un valor de R tal que:

$$\Pi d + \delta \frac{\Pi n}{1-\delta} - \delta R \geq \frac{\Pi m + \alpha \delta \left(\frac{\Pi n}{1-\delta} - F \right)}{1-\delta(1-\alpha)} \quad (7)$$

⁵ Abreu (1986) propone un modelo de castigo óptimo en que inmediatamente después de una desviación, las firmas expanden su output más allá del equilibrio de Nash con el objeto de producir más daño inmediato a la firma que se ha desviado y así hacer más difícil romper el acuerdo.

Implementación de los Programas de Amnistía

La selección óptima de los parámetros R , F , α va a depender si la aplicación de multas y recompensas es costosa o no. En el caso de que éstas sean puras transferencias, es decir no hay consumo de recursos en su empleo, la solución óptima es fijar al máximo F con el objeto de minimizar el valor de coludir y fijar al mínimo R (o máxima recompensa) con el objeto de maximizar el beneficio de revelar. En caso que con los valores óptimos de F y R no logre satisfacerse la ecuación 7 se debe emplear un presupuesto B para realizar investigaciones tal que $\alpha(B)$ produzca la igualdad en tal ecuación.

Si el administrar sanciones y recompensas tiene un costo que aumenta con el tamaño de éstas⁶, entonces el resultado atribuible a Becker de fijar al máximo F y $-R$ no es válido. En este caso la AA debe fijar los parámetros en cuestión de tal forma de igualar los costos marginales de su aplicación.

Comentarios sobre los artículos

El primer gran mensaje de Motta & Polo es demostrar que la aplicación de los programas de amnistía no es necesariamente un mejoramiento respecto a la situación de status quo, ya que la disminución de sanciones involucra una menor potencia del efecto preventivo de las leyes antimonopolios. El segundo mensaje es que la delación compensada sólo tiene efecto cuando es ofrecida a las firmas después de iniciada la investigación, ya que las firmas bajo colusión siempre preferirán desviarse sin pagar multa alguna a declarar y pagar una multa reducida. Para reforzar su afirmación, MP citan como ejemplo a Estados Unidos en donde hasta 1993 en que sólo se ofrecía amnistía a las firmas antes de iniciada una investigación muy pocas empresas se acogieron al programa. La situación cambió drásticamente cuando se modificó la ley y se extendió el programa a firmas ya bajo investigación, una gran cantidad de firmas empezaron a acogerse al beneficio.

Spagnolo cuestiona esta última conclusión, demostrando que las firmas pueden voluntariamente acogerse a estos programas si les es ofrecida una recompensa adecuada. Lo cierto es que estas dos recomendaciones no están en contradicción, sino más bien la última es una generalización de la primera cuando se permite la existencia de multas negativas (recompensas). Lo que es incuestionable, y que ambos modelos predicen es que un programa de amnistía aplicable sólo antes de comenzada una indagación no será exitoso si sólo ofrece reducir sanciones.

La parte más discutible es la factibilidad legal y las consideraciones éticas de ofrecer recompensas a quienes han cometido delito. Además pueden existir incentivos para que las firmas fabriquen evidencia inculpatoria con el objeto de obtener recompensas⁷.

⁶ Puede ser que ante mayores multas las firmas estén dispuestas a gastar mayores recursos en su defensa. En el caso de recompensas es más claro ya que éstas implican el uso de fondos públicos que es costoso generar a través de impuestos distorsionadores.

⁷ Este punto ha sido mencionado por Massimo Motta

Cabe destacar que en el modelo de Spagnolo los programas se introducen en forma inesperada para las firmas y pueden ser efectivos para actuar sobre firmas que se comportaron colusivamente en el pasado y que se les ofrece una opción más atractiva que seguir en colusión. Sin embargo, una vez ya en marcha los programas, si estos ofrecen significativas recompensas pueden inducir a las firmas a coludir inicialmente para luego revelar y cobrar la compensación R.

Supongamos que la ecuación 7 es válida, es decir las firmas que coludieron en $t=1$ prefieren voluntariamente reportar a seguir coludidas en $t=2$. Usando el timing de MP, asumamos que en $t=0$ la AA fija su programa de amnistía (α, R) el cual es conocido en adelante por las firmas. En $t=1$ las firmas deben decidir si coludir o no.

Si una firma colude, sabe que luego va a reportar, por lo tanto el beneficio es

$$V_{c1} = \Pi_m + \delta V_r(R)$$

donde V_r es el lado izquierdo de la ecuación 7 (beneficios por reportar si coludió)

Si decide desviarse, obtiene:

$$V_{nc} = \Pi_d + \delta \frac{\Pi_n}{1-\delta}$$

La comparación en $t=1$ es entre V_{c1} y V_{nc} . Si la recompensa es lo suficientemente grande $V_r(R)$ crece con lo que se hace más deseable coludir en $t=1$ para luego reportar $t=2$. Por consiguiente es posible que exista un equilibrio en que las firmas opten por coludir y revelar, lo cual es inferior desde el punto de vista social a la situación donde las firmas opten por no coludir. En este caso, el resultado de MP de que los programas de amnistía tienen un efecto negativo al debilitar la acción preventiva también es válido para el caso en que se considere el uso de recompensas.

2. Tópicos Adicionales

Amnistia solo a la Primera Firma en Colaborar.

Para analizar si es óptimo ofrecer solamente reducción en la sanción a la primera firma en cooperar, se debe introducir algunas modificaciones a la estructura del juego ya planteada con el objeto de incorporar la decisión de actuar o no según el orden de llegada. Con tal propósito, se va a considerar que luego de comenzada la investigación, el orden de actuación es exógenamente determinado, es decir una de las firmas del cartel es la candidata natural a actuar en primer lugar, lo cual es sabido por las otras firmas también. Sin embargo, antes de que la autoridad antimonopolios comience a indagar, ninguna de las firmas sabe cual va ser su posición al momento de que el cartel esté bajo investigación. El ser la firma que tiene la primera posibilidad en actuar, puede ser interpretado como la firma sobre la cual la agencia antimonopolios decide investigar primero, debido a múltiples razones tales como, mayor probabilidad de demostrar la culpabilidad de esa firma, mejor disposición a cooperar en el proceso, etc.

Considere la siguiente estructura del juego, ligeramente modificado respecto al modelo básico, en una hipotética industria en que solo participan 2 firmas.

T=0 La AA fija los parámetros de la política anti-carteles

T=1 Las firmas deciden si coluden o no

T=2 La AA decide si empezar o no una investigación con probabilidad α

T=3 Aleatoriamente se revela cual es la firma que puede actuar primero, la cual será denominada firma 1. La probabilidad de ser la firma 1 es igual a 0.5 para ambas firmas.

T=4 La firma 1 decide si revelar o no la información.

T=5 La firma 2 (la que actúa en segundo lugar) decide si colaborar o no, sabiendo la acción seguida por la firma 1.

Se mantiene el supuesto de que basta una confesión para obtener toda la información necesaria para inculpar el cartel.

A la primera firma en colaborar se le aplica una sanción: $R_1 < F$ y a la segunda firma en colaborar se le multa con R_2 , tal que: $R_1 < R_2 < F$.

En todo lo anterior, la estructura del juego es igual a la del modelo básico de MP.

La matriz de pagos del juego es la siguiente:

Firma 2

Firma 1	Colabora	No Colabora
Colabora	$\frac{\Pi n}{1-\delta} - R_1$, $\frac{\Pi n}{1-\delta} - R_2$	$\frac{\Pi n}{1-\delta} - R_1$, $\frac{\Pi n}{1-\delta} - F$
No Colabora	$\frac{\Pi n}{1-\delta} - F$, $\frac{\Pi n}{1-\delta} - R_1$	V , V

Donde $V = p\left(\frac{\Pi n}{1-\delta} - F\right) + (1-p)\frac{\Pi m}{1-\delta}$

Si la firma 1 colabora, la mejor opción de la firma 2 es colaborar también ya que $R_2 < F$.

Si la firma 1 no colabora, la decisión de la firma 2 de colaborar va estar determinada por las mismas condiciones del juego de acciones simultáneas (ecuación 5). Es decir va a depender, si p es mayor o menor a $p^*(R_1, F)$.

Si $p \geq p^*(R_1, F)$. Entonces la firma 2 colabora, si 1 no colabora.

Por lo tanto, el equilibrio perfecto en sub-juegos del juego comenzado en $T= 4$ es el siguiente:

- a) Si $p \geq p^*(R_1, F)$, la firma 1 decide colaborar y la firma 2 también.
- b) Si $p \leq p^*(R_1, F)$, ninguna firma coopera.

Como se puede observar de los equilibrios obtenidos, los incentivos para colaborar ex-post solo dependen de R_1 –la multa aplicada a la primera firma en revelar- y no de R_2 .

Siguiendo con el analisis, en $T= 1$, las firmas deben decidir si coludir o no sabiendo que sucedera si se abre una investigacion.

a) Si $p \geq p^*(R_1, F)$ Las firmas deben decidir entre coludir y luego revelar o no coludir.

Sabemos que

$$V_{cr} = \Pi m + \delta \Pi r$$

donde:

$$\Pi r = \alpha \left[\frac{1}{2} \left(\frac{\Pi n}{1-\delta} - R_1 \right) + \frac{1}{2} \left(\frac{\Pi n}{1-\delta} - R_2 \right) \right] + (1-\alpha) V_{cr}$$

La diferencia con la expresión en el caso básico, es que ahora las firmas no saben ex-ante si van a poder ser la primera firma en actuar o no.

El beneficio por desviarse, esta dado al igual que antes por

$$V_{nc} = \Pi d + \delta \frac{\Pi n}{1-\delta}$$

Por lo tanto, las firmas decidiran no coludir si y solo si

$$\alpha \leq \alpha'_{CR}$$

donde:

$$\alpha'_{CR} = \frac{\Pi m - \Pi d + \delta(\Pi d - \Pi n)}{\delta \left[\Pi d - \Pi n + \left(\frac{R_1 + R_2}{2} \right) \right]}$$

Bajo este nuevo esquema, es claro que la política óptima es fijar $R_2 = F$ (sólo reducción de multa para el primero en revelar) ya que disminuye ex-ante los incentivos de coludirse sin afectar ex-post los incentivos de colaborar cuando se está bajo investigación. Respecto a la elección de R_1 , éste sigue bajo el ya mencionado trade-off entre menor prevención ex-ante versus mayor colaboración ex-post. Sin embargo el efecto global de esta política, comparada con la anterior, es que la prevención se fortalece notablemente, debido a que las firmas que coluden preveen la posibilidad de no ser las primeras en revelar. En términos de la figura 2, lo que sucede es un desplazamiento de α_{CR} hacia abajo, haciendo disminuir la región I, sin afectar la región II⁸. Bajo el mismo análisis anterior, se puede también demostrar que a medida que el número de firmas aumenta, el efecto preventivo se fortalece (debido a que para cualquiera de las firmas es menos probable ser la primera en denunciar), reduciéndose cada vez más la region I.

⁸ Estrictamente, parte de la region II pasa a convertirse en zona donde no existe colusion, lo cual es incluso mejor.

Reducción de sanciones a las firmas que actúan con posterioridad.

Los programas de amnistía en Europa y Estados Unidos contemplan además reducción en las multas, incluso a las firmas que colaboran con posterioridad a la acción de la primera firma. La legislación de la Unión Europea establece claramente los rangos de reducciones, decrecientes en el orden de llegada, al que pueden aspirar las firmas que colaboran en la investigación.

En el modelo recién desarrollado, se demostró que es óptimo solamente ofrecer amnistía a la primera firma en colaborar, sin embargo esto fue obtenido bajo el supuesto de que bastaba la acción de una firma para disponer de toda la información necesaria para probar la existencia del cartel y castigar a todas las firmas participantes en él. Por consiguiente, es razonable preguntarse si existe alguna racionalidad económica detrás de esta práctica de extender los beneficios a las firmas que actúan posteriormente.

Una primera razón sería que las firmas ya descubiertas, pueden de todas formas oponer resistencia judicial a su inculpamiento y por lo tanto el ofrecerles una reducción en la pena, es un incentivo para que acepten su culpabilidad⁹. El beneficio de esta medida es la agilización del proceso con la consiguiente disminución en los costos de la persecución. Este ha sido el caso de varios procesos contra carteles en Europa, donde muchas firmas que no han proporcionado información relevante sobre el cartel han obtenido un 10 % en la reducción en sus multas por el solo hecho de no objetar los cargos que se les presentan.

Una segunda razón posible es que la primera firma en colaborar, no haya entregado toda la información que dispone o haya proporcionado toda la información, pero que esta no sea suficiente para castigar penalmente a todos los miembros del cartel. En el primer caso, la extensión de la amnistía sirve para incentivar a la primera firma a proporcionar inmediatamente toda la información relevante con que esta cuenta, ya que de otro modo, esta puede perder la total inmunidad ganada en caso que así haya sido.

Cuando la AA no puede inculpar a todos los miembros del cartel con la sola acción de la primera firma, puede ser óptimo reducir las penas también a otras firmas que deseen colaborar. Considere el siguiente modelo, igual al recién desarrollado, pero ahora si la firma 1 colabora, la AA puede inculpar a la segunda firma con probabilidad q , donde $q \geq p$.

Al igual que el modelo anterior, la AA ofrece primero una multa igual a R_1 a la primera firma en actuar y asumamos por el momento que si la segunda firma colabora no recibe ningún premio por tal acción. Para simplificar más, se va a suponer que $\Pi_n = 0$

⁹ Esto se conoce en la práctica judicial norteamericana como “plea bargaining”

La matriz de pagos es la siguiente:

		Firma2	
		Colabora	No Colabora
Firma 1	Colabora	$-R_1, -F$	$-R_1, -qF$
	No Colabora	$-qF, -R_1$	V^*, V^*

Donde $V^* = -pF + (1-p)\frac{\Pi m}{1-\delta}$

Al resolver el juego de movidas secuenciales, es claro que para inducir a cualquier firma a colaborar, la multa R_1 debe cumplir con:

$$R_1 \leq pF - (1-p)\frac{\Pi m}{1-\delta} \quad (8)$$

Si la condicion anterior se cumple, el equilibrio es Firma 1 coopera y Firma 2 no coopera, donde los beneficios obtendios son $(-R_1, -qF)$. Desde la perspectiva ex-antes el efecto de prevención estaría dado por :

$$0.5 (R_1 + qF)$$

Cualquier multa R_2 fijada a la firma 2 , tal que $R_2 \geq qF$, no reduce el efecto preventivo del programa de amnistia, sin embargo la firma 2 no colabora. Si se desea que la firma 2 colabore, R_2 deber ser menor a qF , lo cual afectaría negativamente el efecto preventivo de los programas.

Bajo este modelo la AA no tiene mayor interés en que la firma 2 se declare culpable¹⁰, por lo tanto lo óptimo sería reforzar al máximo el efecto preventivo y fijar R_2 en el rango $[qF, F]$ con lo cual R_2 sería siempre mayor a R_1 , lo que daría sentido al hecho que se otorguen incentivos diferenciados decrecientes según el orden de aparición en la colaboración.

¹⁰ Al menos que se consideren los efectos ya mencionados de reducir los costos de litigación y obtener así sentencias más rápidamente

Es necesario explorar, bajo que condiciones podría ser conveniente (o no sub-óptimo) reducir R_2 bajo qF . Para ello consideremos el siguiente modelo:

Existe un cartel con tres firmas (fácilmente generalizable a $N > 3$), si ninguna firma colabora con la AA la probabilidad de las firmas sean capturadas es igual a p . Si al menos una firma colabora, las otras 2 firmas son declaradas culpables con probabilidad q , y si dos firmas colaboran, la firma restante es capturada con probabilidad igual a 1 . Se asume que $p \leq q \leq 1$. Esta relación incorpora el hecho de que una segunda firma en revelar información proporciona utilidad a la agencia persecutoria ya que para esta última le es más fácil demostrar fehacientemente el delito cuanto más firmas colaboran ya sea con pruebas o con testimonios.

La AA fija la siguiente regla para otorgar amnistía:

La primera firma en colaborar recibe una sanción R_1 , la segunda R_2 y la tercera firma en prestar colaboración R_3 . Al igual que en el modelo anterior, se asume que las firmas después de iniciada una investigación tienen un orden para actuar, el cual no es conocido por ellas ex-ante. La AA debe por tanto decidir cuál es el nivel óptimo¹¹ a multas aplicar si desea inducir colaboración.

Al igual que en el caso anterior, para obtener colaboración de al menos una firma R_1 debe cumplir con la condición establecida en la ecuación 8. También es claro que si la firma 1 y 2 han colaborado, no tiene sentido aplicar amnistía de ningún tipo a la tercera firma ya que esto no aporta ningún beneficio adicional a la AA en términos de información, por lo tanto $R_3^* = F$.

Se puede demostrar que el programa óptimo, bajo las reglas recién expuestas, considera que la sanción que recibe la firma: R_2^* es tal que $R_1^* \leq R_2^* \leq R_3^*$. Para ello, es necesario obtener el equilibrio perfecto de este juego de tres etapas.

Procediendo por inducción hacia atrás:

La Firma 3 sigue las siguientes estrategias:

- Colaborar si 1 y 2 no han colaborado. (condición de ecuación 8)
- Colaborar si una ha colaborado y la otra no, siempre que: $R_2 \leq qF$
- Indiferente si 1 y 2 han previamente colaborado. Ya que no es útil su aporte y obtiene en cualquier caso $-F$.

¹¹ La optimalidad es en el sentido de Pareto, es decir inducir colaboración para detectar el cartel, haciendo máximo el efecto preventivo de la estructura de las multas.

Firma 2:

- Colaborar si 1 ha colaborado (bajo $R_2 \leq qF$), ya que de otro modo 3 va a colaborar y 2 obtendria $-F$.
- Colaborar si 1 no ha colaborado ya que $R_1 \leq qF$.(debido a que $R_1 \leq V^* \leq qF$)

Firma 1:

- Colaborar ya que de otro modo las otras dos van a colaborar y 1 obtendria $-F$.

Por lo tanto el equilibrio estaria dado por las estrategias de: (Colaborar, Colaborar y No Colaborar), donde los beneficios obtenidos por las firmas son $(-R_1, -R_2, -F)$, bajo la condicion de:

$$R_1 \leq pF - (1-p) \frac{\Pi m}{1-\delta} = V^*$$

y

$$R_2 \leq qF$$

Es claro que bajo este escenario, lo optimo es fijar las multas a la primera y segunda firma en colaborar, marginalmente inferior a los limites que gatillan la colaboracion, ya que asi se maximiza el efecto de prevencion, el cual seria: $(-V^*, -qF, -F)$

Para demostrar que la politica anterior es superior a otra donde $R_2 \geq qF$ (siempre bajo $R_1 \leq V^*$), supongamos que la AA efectivamente $R_2 \geq qF$ fija, con lo cual hace cambiar las estrategias de equilibrio de las firmas de la siguiente forma:

La firma 3 colabora solo si ninguna ha colaborado antes, lo que produce que la firma 2 no colabore bajo ningun escenario debido a que la reduccion en la multa que se le ofrece es menor que la probabilidad de ser castigada. El equilibrio perfecto bajo tal supuesto esta dado por las estrategias: (Colaborar, No Colaborar, No Colaborar) con el consiguiente vector de beneficios para las firmas: $(-V^*, -qF, -qF)$. Si se compara estos beneficios con el de la politica de fijar $R_2 \leq qF$, es claro que el efecto preventivo de este ultimo es superior ya que con certeza se puede aplicar la pena maxima a una firma haciendo menos atractiva la colusion ex-ante de las firmas. La AA estara dispuesta a reducir la pena de la segunda firma en colaborar con el objeto de hacer mas factible la captura de las firmas restantes en el cartel, en este caso la transaccion de informacion por reduccion en la sentencia para firmas que actuan posteriormente favorece los objetivos de la politica antimonopolios.

En resumen, bajo el modelo recién desarrollado de tres firmas, el nivel óptimo de sanciones a fijar dependiendo el orden de llegada en la colaboración y para ciertos valores dados de los parámetros q y p es el siguiente:

$$R_1^* = pF - (1-p) \frac{\Pi m}{1-\delta}$$

$$R_2^* = qF$$

$$R_3^* = F$$

Donde:

$$R_1^* \leq R_2^* \leq R_3^*$$

Se debe hacer presente que la reducción a la firma 2 tiene sentido si y solo si ésta revela información adicional, es decir da a conocer un hecho importante para el castigo a los miembros del cartel, no revelado por la firma 1. En caso contrario lo óptimo es fijar $R_2^* = R_3^* = F$.

El análisis recién desarrollado puede dar alguna orientación sobre la deseabilidad de extender la amnistía a más de una firma, bajo diferentes supuestos respecto al valor de la información que éstas pueden proporcionar a la autoridad antimonopolios. Sin embargo, existen algunas variaciones del modelo que deben ser analizadas con más detalle, por ejemplo relajar el supuesto que las firmas son simétricas en cuanto al efecto producido por la información que proporcionan, en los casos reales hay firmas que manejan más información relevante (duración, magnitud del cartel, etc) que otras y no siempre son las primeras en actuar, no obstante según el modelo presentado, sería deseable inducir las a colaborar en primer lugar. Otro punto necesario de analizar en más detalle, es la conveniencia de excluir al líder del cartel de parte de los beneficios del programa de amnistía, hecho que comparten la mayoría de las legislaciones en el mundo, pero cuya racionalidad económica no es del todo clara hoy en día.

III LEGISLACIONES SOBRE AMNISTIA EN EL MUNDO

La aparición de legislación sobre programas de amnistía en diversas economías es una respuesta a la necesidad de mayor eficacia en la acción de control de los carteles. En 1993 Estados Unidos dio un gran paso en tal dirección al mejorar su legislación inicial (de 1978) haciendo más explícita y ampliando las condiciones bajo las cuales las firmas pueden acogerse a la amnistía. Europa en 1996 también generó su propia legislación con aplicación en el ámbito de la Unión Europea, la cual fue recientemente modificada en el 2002, luego de un intensivo periodo de aplicación de la ley inicial.

Varias otras economías, notablemente Alemania, Reino Unido, Canadá y Brasil cuentan desde el año 2000 con legislación sobre amnistía. Corea que dispone con leyes sobre el tema desde 1997 está considerando mejorar su legislación, Australia cuenta ya con un borrador de propuesta de ley y países como Suecia y Holanda entre otros están considerando crear leyes sobre programas de amnistía.

ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos el delito de cartelización es sancionado con penas criminales las que incluyen sanciones monetarias y encarcelamiento el cual puede llegar hasta tres años. Desde 1978 este país cuenta con legislación sobre programas de amnistía para corporaciones o empresas que deseen confesar su participación en este tipo de delitos. En 1993 se introdujeron substanciales cambios en la ley que entre otras cosas permite que la amnistía sea otorgada ya sea antes o después que el Departamento de Justicia¹² (DoJ) comience una indagación sobre el cartel y puede garantizar inmunidad automática a la primera firma que confiese el delito si ciertas condiciones se cumplen.

En el programa vigente, denominado “Corporate Leniency Policy” es posible obtener completa inmunidad por cargos criminales en la actividad ilegal (cartelización) que la firma reporta, si ésta voluntariamente se acoge al programa antes o después que una investigación comience siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos.

1. *La firma es la primera oficialmente en acogerse al programa y denunciar la existencia de la actividad ilegal.* Si bien se garantiza la amnistía a la primera firma en reportar el cartel, otras firmas pueden obtener disminución en las sanciones si colaboran en forma posterior¹³. Además la firma debe acogerse individualmente, no es aceptada la postulación al programa de un conjunto de firmas que pertenecían al cartel.

¹² La “Antitrust Division” del departamento de justicia es la entidad encargada de conducir investigaciones tendientes a descubrir la existencia de carteles.

¹³ Esto se demostró en el caso del cartel de electrodos de grafito donde la primera corporación en postular no recibió sanción, la segunda en acogerse fue sancionada con USD 32.5 millones y la tercera y cuarta con 110 y 135 USD millones respectivamente.(OECD 2001)

2. *Al momento de la declaración, la agencia antimonopolios no ha recibido ninguna denuncia de la existencia del cartel o del comportamiento ilegal siendo reportado (en el caso de acogerse antes del inicio de la investigación) o la agencia no tiene aun evidencia que pueda inculpar a la firma que se acoge si es una vez ya iniciada la investigación.*
3. *La firma debe haber terminado toda participación en el acuerdo colusivo.*
4. *La denuncia debe ser un acto que compromete a toda la compañía como tal y no es una actuación aislada de individuos que pertenecen a ella. Si la amnistía es concedida a la firma, ésta se extiende a sus directivos, ejecutivos y empleados siempre y cuando éstos comprometan su colaboración en el proceso judicial. Si la amnistía no es concedida, los individuos mencionados pueden acogerse al programa de amnistía para personas¹⁴. Este programa está concebido para individuos quienes actúan aisladamente denunciando la existencia de carteles*
5. *La firma se compromete a colaborar completamente con la agencia proveyendo toda la información necesaria en la investigación.*
6. *La firma debe reparar el daño hecho a terceras partes cuando esto sea posible.*
7. *La firma no fue la iniciadora o líder del cartel ni influyó para que otras compañías tomaran parte del acuerdo. Este requerimiento ha sido interpretado menos estrictamente, ya que en la práctica es difícil identificar quien fue el iniciador del cartel. En el caso que los iniciadores hayan sido más de uno, se considera que no existió un único iniciador y por lo tanto la amnistía se puede aplicar.*

La legislación dispone de un procedimiento que permite a las firmas saber en forma temprana y expedita si califican o no para la amnistía. Luego de que una firma expresa su intención de acogerse al programa, el Departamento de Justicia notifica oficialmente a la firma mediante una carta si se le concede o no la inmunidad por cargos criminales y bajo las condiciones en las cuales este beneficio se le mantendrá.

EUROPA

La Unión Europea (UE) cuenta desde 1996 con una legislación que permite la reducción en penas a firmas que voluntariamente denuncien su pertenencia a carteles. Las sanciones para carteles en Europa no consideran penas criminales por lo que el programa sólo ofrece reducción en las multas a pagar. A partir de **Febrero del 2002**, se introdujo una nueva legislación, donde se introdujeron ciertas modificaciones a la versión de 1996.

¹⁴ Leniency Policy for Individuals

Programa de Amnistía 1996

En base a este programa se han descubierto y seguido los casos de persecución a carteles en la jurisdicción de la Unión Europea entre 1998 y 2001 (16 casos de carteles). Tal ley considera tres posibles regímenes de reducción en las sanciones a aplicar. El primero, otorga una reducción que va en el rango del **75%** al **100%** cuando la firma en colaborar cumple con los siguientes requisitos:

- a) La firma provee información relevante, relacionada con la existencia de un cartel antes que la Comisión¹⁵ haya iniciado una investigación sobre tal actividad ilegal.
- b) Es la primera firma en proveer de información sobre el cartel.
- c) Ha puesto fin a su participación en el cartel al momento de revelar la información a la Comisión.
- d) Provee a la agencia antimonopolios de toda la información que posee, relacionada con la existencia del cartel y mantiene la cooperación con la Comisión durante todo el proceso judicial.
- e) No ha forzado, no ha sido el instigador ni ha jugado un papel preponderante en el cartel.

Si la firma no cumple la condición a), es decir colabora después de iniciada la investigación puede acceder al régimen denominado “Reducción Substancial en la Multa” cuyo rango de reducción va del **50 % al 75 %**. La firma debe cumplir siempre las condiciones b) a e) para optar a este régimen.

En caso que la firma no pueda ser elegible a los dos regímenes anteriormente señalados, por no cumplir algunas de las condiciones necesarias, puede de todos modos acceder a una reducción entre un **10% y un 50%** si colabora con la comisión ya sea proveyendo de información útil para establecer fehacientemente la existencia de la actividad ilegal o no opone resistencia o no cuestiona substancialmente los cargos que la Comisión le impone.

Todas las decisiones respecto a la reducción final en las multas que se aplican a las firmas que han participado o han estado bajo investigación en el proceso serán determinadas por la Comisión una vez concluida toda la investigación.

¹⁵ La Comisión Europea, más precisamente el “Directorate General for Competition” es la entidad encargada de llevar la investigación y decidir en primera instancia los casos de faltas a la competencia dentro de la jurisdicción de la Unión Europea.

Reforma del 2002

El nuevo programa establecido en Febrero del 2002, introdujo varias modificaciones a la version anterior luego de 4 años de práctica bajo la ley de 1996. Los principales cambios hechos son:

Extender la amnistía total incluso despues de que se haya iniciado una investigación

Se puede obtener completa inmunidad de sanciones –100% de reducción- si se es la **primera firma** en colaborar en el caso de un cartel ya sea antes o después que la comisión haya lanzado una investigación. Si la firma actúa antes, se le exige que la información entregada le permita a la Comisión iniciar una indagación acusatoria (Cartel no detectado). En el caso que la Comisión haya ya iniciado un proceso, la firma debe entregar evidencia suficiente que le permita a la entidad antimonopolios establecer que hubo una falta a la ley sobre carteles. Claramente, el nivel de exigencia de la prueba sube cuando la comisión ya ha comenzado una investigación. Los requisitos adicionales que debe cumplir la firma son los mismos que los establecidos en el programa de 1996.

Se fijan rangos de reduccion segun el orden de llegada en la colaboracion.

Las firmas que no siendo las primeras en denunciar la existencia del cartel, provean información considerada relevante para la conclusión del proceso pueden optar al beneficio de reducción de multas. Para ello la firma debe también haber terminado toda relación con el cartel al momento de acogerse al programa de amnistía y presentar evidencia que representa un **valor añadido** respecto a la información con que ya cuenta la comisión.

Los rangos de reducciones en las sanciones para la segunda y siguientes firmas en reportar son:

Tabla 1.

Orden de Aparición	Nivel de Reducción
2	30 – 50%
3	20 – 30 %
Siguientes	Hasta 20 %

Se notifica tempranamente si la primera firma en colaborar obtiene o no inmunidad total

Al igual que en EEUU, la comisión dispondrá de un procedimiento de pronta notificación a las firmas que postulan a la amnistía total. Una vez revisado el cumplimiento de los requisitos ya mencionados, la comisión comunica oficialmente a la firma si se le concede inmunidad total respecto a las sanciones.

Se elimina el rol de líder en el cartel como causal de inaplicabilidad de la total inmunidad

Bajo la nueva ley, el haber tenido el liderazgo en el cartel no habilita a la firma a poder ser elegible para la amnistía total. Sin embargo, se mantiene como condición para optar al beneficio, el no haber forzado a otras firmas a formar parte del acuerdo ilícito.

El objetivo buscado con estos cambios era dar mejores incentivos a las firmas para romper su pertenencia a los carteles y reportar la actividad a la autoridad. Bajo la legislación anterior las firmas que se acogían al programa sólo sabían una vez finalizado el proceso si obtenían algún nivel de reducción en las sanciones que correspondían. Esta falta de certitud respecto a la situación definitiva hacía poco atractivo para las potenciales denunciantes acogerse al programa. Este hecho, reconocido por la misma Comisión, fue una de las principales causas de la reforma a la ley.

CANADA

En Canadá el acuerdo en precios entre firmas o cualquier otro tipo de cartelización es considerado ofensa criminal bajo la “ Competition Act” que es la ley que regula el comportamiento de los mercados en ese país.

Desde comienzos de los noventa, se cuenta con una ley que permite a las firmas que han formado parte de un cartel acogerse a un programa de amnistía. En el año 2000 se modificó tal ley estableciéndose el nuevo programa (Canada Immunity Program) bajo el cual las firmas pueden obtener total inmunidad de cargos criminales por haber participado en un cartel si se es la primera firma en reportar la actividad ilegal ya sea antes o después de que la autoridad haya comenzado una indagación contra el cartel. En el caso en que la autoridad esté ya al tanto de la posible existencia del cartel, la firma debe proporcionar evidencia suficiente para actuar contra uno de los miembros.

Los requisitos adicionales que debe cumplir la firma que pide acogerse al programa son:

1. La firma debe terminar su participación en el cartel
2. La firma no debe haber sido el instigador o líder del cartel ni tampoco puede ser la única parte beneficiada por la actividad dentro de Canadá¹⁶.
3. La firma debe entregar toda la información de que dispone y cooperar con la autoridad en todo el curso del proceso.
4. Si es posible, la firma debe restituir el daño efectuado.

Si la postulación de la corporación o empresa al programa es aceptada, la inmunidad se extiende a todos los directores y funcionarios de la empresa que se comprometan a colaborar durante el proceso.

Otro aspecto importante del programa es que si alguna firma no califica para que se le otorgue inmunidad total, ésta todavía puede obtener cierto nivel de reducción en las penas si provee información considerada valiosa para la agencia antimonopolios.

REINO UNIDO

El Reino Unido aprobó oficialmente en Marzo del 2000 su nueva ley sobre programas de amnistía para delitos de cartelización en los mercados. Los contenidos fundamentales del programa se asemejan bastante a la legislación de Estados Unidos.

La primera firma en denunciar la existencia de un cartel se le ofrece inmunidad total. Si la firma provee evidencia sobre la operación de una actividad ilegal antes de iniciada una investigación, se exige que la autoridad no tenga información suficiente que permita establecer la existencia del supuesto cartel. Además se requiere que la firma solicitante de la amnistía cumpla las siguientes condiciones:

1. Provee al Director General¹⁷ toda la información, documentación e información disponible relacionada con la existencia del cartel.
2. Mantiene continua y completa cooperación durante la investigación
3. No ha sido el instigador ni ha tenido el rol de líder del cartel.

¹⁶ Este podría ser el caso de un cartel internacional cuyo acuerdo es en base a un reparto geográfico del mercado y donde a una sola firma se le asigna Canadá

¹⁷ El Director General de la "Office of Fair Trade" es la máxima autoridad en materia de competencia en el Reino Unido.

4. Termina su participación en tal acuerdo ilegal al momento de revelar la información a la autoridad.

Si la firma que busca acogerse al beneficio, actúa después de iniciada una investigación por parte de la autoridad, se le concederá inmunidad siempre y cuando ésta solicite la amnistía antes que el director haya tomado una decisión respecto al proceso en curso. Adicionalmente, la firma debe cumplir las cuatro condiciones indicadas anteriormente.

Las empresas que proporcionen evidencia sobre la existencia de los carteles pero no sean las primeras en acogerse al programa o bien no cumplan todos los requisitos exigidos se les podrá otorgar una reducción en la sanción impuesta hasta el 50 % de su valor original. Sin embargo las firmas deben siempre cumplir las condiciones 1, 2 y 4 ya enunciadas y deben postular antes que la agencia haya dado una notificación escrita sobre la decisión en el caso que se investiga.

La legislación en el Reino Unido sólo contempla sanciones monetarias o multas para los delitos relacionados con la cartelización, por lo que la amnistía ofrecida se aplica a estas penas.

BRAZIL

A partir del año 2000 existe en Brasil una ley que establece la posibilidad de otorgar amnistía a las firmas que colaboren con la autoridad antimonopolios en la denuncia de los carteles. La amnistía puede llegar a ser total o bien puede reducir las multas entre dos tercios y un tercio de su valor original.

Al igual que en EEUU, la amnistía es aplicable si al momento de la postulación, la agencia antimonopolios no está al tanto de la existencia de la actividad ilegal o si está al corriente de su existencia, la agencia no tiene pruebas que puedan inculpar a la firma que se acoge. En el primer caso la firma es elegible para la obtención de inmunidad total, en el segundo caso la reducción de la multa cae dentro del rango ya mencionado de un tercio a dos tercios del valor y esto dependerá del nivel de colaboración de la firma y de la buena fe de su actuación durante el proceso de investigación.

Los requisitos adicionales que debe cumplir la firma para obtener la amnistía son :

1. La firma debe ser la primera en solicitar la amnistía respecto al delito que va a ser revelado.

2. La firma debe finalizar toda su participación en el cartel al momento de solicitar el beneficio.
3. La firma no debe haber sido la o una de las líderes del cartel.
4. La firma debe confesar su participación y prestar una completa colaboración durante el proceso judicial.
5. La colaboración prestada debe resultar en la identificación del resto de las firmas que infringieron la ley.

Si alguna firma no cumple alguno de los requisitos arriba mencionados, se le podrá conceder algún grado de amnistía siempre y cuando la firma revele una nueva actividad ilegal sobre la cual la agencia antimonopolios no esté consciente de su existencia. En tal caso, la firma obtiene completa amnistía por la nueva actividad denunciada y una reducción de un tercio de la multa por el primer infringimiento a ley. En todo caso, cualquier compañía que obtenga parcial o total amnistía por sanciones administrativas recibe inmunidad total por penas criminales¹⁸.

ALEMANIA

A contar del año 2000 Alemania dispone de una ley sobre amnistía para carteles, cuya estructura es similar al programa de la Unión Europea de 1996. Dentro de tal legislación se contempla distintos niveles en la reducción de penas, desde total inmunidad hasta ser elegible para algún nivel de reducción (no especificado).

Para obtener total inmunidad de sanciones, la firma que haya formado o forme parte de un cartel debe cumplir los siguientes requerimientos:

- a) Informa de la existencia del cartel a la autoridad antimonopolios¹⁹ antes que esta haya iniciado una investigación relacionada con tal delito.
- b) Ser la primera entidad en dar una información decisiva para detectar el cartel
- c) Provee a la agencia antimonopolios de toda la información que se dispone que sea relacionada con la existencia del cartel y mantiene la cooperación con tal agencia durante todo el proceso judicial.
- d) No ha jugado ningún rol decisivo en el cartel

¹⁸ En la legislación brasileña, los delitos de cartelización conllevan penas de presidio que van desde los dos a los cinco años.

¹⁹ Bundeskartellamt

e) Termina su participación en el cartel al momento que la agencia lo decida

Si la firma provee información **después de iniciada una investigación**, esta puede optar a una reducción mínima de un 50 % en la sanción siempre y cuando cumpla con las condiciones b), c) d) y e) enunciadas más arriba.

Si algún miembro del cartel no es el primero en revelar información, sin embargo realiza una contribución voluntaria considerada relevante para el caso contra el cartel, esta firma puede obtener una reducción en la sanción bajo el requisito de cumplir solo la condición e). El cumplimiento de otras condiciones se condiera como un atenuante y es tomado en cuenta al momento de fijar la multa final.

ANALISIS COMPARATIVO

Con las reformas llevadas a cabo en las principales economías del mundo, notablemente Europa y Estados Unidos, las legislaciones sobre ofrecimiento de amnistía para la detección de carteles se han homogeneizado. Este hecho se refuerza con los últimos cambios también realizados y en proceso, en países como Canadá, Inglaterra y Brasil (ver tabla 2) las cuales comparten elementos comunes en sus partes fundamentales.

Tabla 2

Jurisdicción	Última Modificación
Estados Unidos	1993
Alemania	2000
Canadá	2000
Reino Unido	2000
Brasil	2000
Unión Europea	2002

Los principales elementos comunes que comparten la generalidad de las legislaciones examinadas se presentan a continuación.

Posibilidad de Obtener Inmunidad Total. Esto se aplica a la primera firma en denunciar (o proveer información relevante) acerca de la existencia de algún cartel. La inmunidad se

obtiene para sanciones criminales y/o monetarias (según el tipo de penas que contemple cada legislación). Esta medida busca potenciar al máximo los incentivos para que las firmas envueltas en tipo de cartel o acuerdo ilegal no sólo dejen de pertenecer a éste y lo denuncien si no también que sean las primeras en realizarlo. La inmunidad total está sujeta al cumplimiento de condiciones adicionales (ver más adelante).

Reducción en las sanciones a las firmas que no sean las primeras en revelar el cartel.

La amnistía no es exclusiva para la primera firma denunciante. Algún grado de reducción en las penas pueden obtener las firmas que se deseen acoger después que otra firma ha actuado, siempre y cuando proporcionen información o evidencia relevante y no conocida por la agencia antimonopolios. En EEUU, se han aplicado en varios casos reducción en las sanciones en forma decreciente respecto al orden de llegada en la colaboración. En Europa, la nueva ley establece claramente el nivel de reducción en las sanciones al cual pueden aspirar las firmas que actúan en instantes posteriores a la primera denuncia.

Amnistía Antes y Después de iniciada una indagación. La amnistía es también aplicable en caso de que la agencia antimonopolios tenga presunción de la existencia del cartel y haya ya comenzado una investigación tendiente a detectar tal actividad ilegal.

Transparencia y Certitud acerca de la amnistía. Existe un procedimiento rápido mediante el cual las firmas que deseen acogerse al programa puedan obtener una respuesta pronta de parte del organismo fiscalizador si es que le es aplicable o no la inmunidad. Es caso de que así sea, las firmas denunciante se les garantiza la exención de la sanción que les habría correspondido por los delitos que revelan. Generalmente se garantiza la amnistía ex ante para la primera firma en actuar y antes de iniciada una investigación, en los otros casos, la autoridad sigue manteniendo cierta discreción respecto a la aplicabilidad y de la amnistía y sobre todo al nivel de reducción en la sanción (Caso de Europa y Reino Unido).

Requisitos para la obtención de Amnistía.

En las legislaciones analizadas se comparte la exigencia de los requisitos que se indican, como condición para la obtención de amnistía.

1. Terminar con la participación en el cartel o actividad ilegal al momento de solicitar la amnistía.
2. Comprometer una completa y total colaboración con el ente que lleva el caso o agencia fiscalizadora durante todo el proceso judicial, esto implica proveer toda la información disponible, prestar testimonio, etc.

3. No haber tenido un rol de liderazgo o haber presionado²⁰ a otros a formar el cartel. La nueva legislación en la Unión Europea sólo habla de instigamiento, eliminando el liderazgo como causa para perder el derecho a la amnistía.

Aspectos Divergentes

Las diferencias observadas en las legislaciones que se han analizado corresponden a aspectos que se pueden considerar como de segundo orden.

Respecto a la cantidad de firmas que pueden optar a la amnistía por cartel denunciado, todas las legislaciones, excepto Brasil, amplían este beneficio a firmas que colaboran después que la primera firma ha obtenido la inmunidad. En el caso de Brasil, la ley exige que tales firmas deben revelar una nueva actividad ilegal que no sea de conocimiento de la autoridad antimonopolios²¹.

En el estándar exigido a las firmas respecto a la información que revelan se pueden observar ciertas diferencias. Las leyes en EEUU y Reino Unido ponen menos peso respecto a la calidad de la información revelada. En Europa, la comisión exige que la firma provea evidencia crítica que claramente permita probar la existencia del cartel. Bajo la jurisdicción europea se otorga más peso a las pruebas materiales que a testimonios bajo juramento, los cuales tienen más uso en la práctica jurídica de Norte América. En el caso de las firmas que busquen acogerse a una reducción parcial de las multas, la UE exige que tales firmas provean información con substancial valor añadido, esto quiere decir que sea información con la cual no contaba la Comisión y que sea útil a la identificación del resto de los transgresores.

²⁰ Lo que no se considera aceptable es que una firma haya obligado a otra empresa a formar parte del cartel. La simple invitación a pertenecer al cartel no es considerada motivo para no ser elegible.

²¹ En EEUU y el Reino Unido también se considera un aspecto que juega a favor de la amnistía el denunciar otro cartel, sien embargo no es una condición necesaria para obtener tal beneficio.

Conclusiones

La convergencia en el tiempo de las legislaciones de algún modo revela el común criterio que existiría entre los gobiernos respecto a la mejor forma de enfrentar el tema del combate a los carteles. Un análisis en el tiempo, más que una comparación transversal entre países, puede ser más clarificador respecto a los elementos que son considerados claves dentro de las legislaciones sobre programas de amnistía.

La reforma de 1993 en Estados Unidos extendió la amnistía a firmas que colaboraran incluso después que el Departamento de Justicia iniciara una investigación. El objetivo perseguido era el de provocar una deserción más efectiva de las firmas a los carteles, lo que sería más probable bajo la amenaza cierta de estar bajo investigación. El principal soporte teórico a este cambio es dado por Motta & Polo, ellos exponen que una firma que no está siendo investigada no tendrá incentivos para declarar su participación en un cartel y optar a una multa reducida, ya que siempre la alternativa de desviarse y no coludirse será superior. En los hechos, este cambio significó que la cantidad de firmas en acogerse subió notablemente. Según datos de la OECD luego de la entrada en vigencia de la nueva ley, las solicitudes del beneficio se incrementaron de un caso por año a más de 20 postulaciones por año. En términos de multas, los montos totales pagados por las firmas subieron de 23 USD millones en 1993 a 1.100 USD millones en 1999.

Los cambios en la legislación de la Unión Europea buscaron principalmente introducir más certeza y transparencia al proceso de otorgación de inmunidad total. Bajo la ley de 1996 la Dirección de Competencia no podía comprometer ningún tipo de amnistía a las firmas que desearan colaborar aportando información sobre la existencia de carteles, cualquier decisión sobre reducción de sanciones era adoptada por la Comisión Europea al final del proceso. Este hecho era considerado por los especialistas como un freno a la acción desertora de las empresas. Se estimaba muy riesgoso para tales firmas revelar información que las inculpara sin tener la certidumbre de si se les otorgaría finalmente algún grado de reducción en las multas a pagar.

Con la legislación europea actual se reduce drásticamente el nivel de discreción con que cuenta la Comisión en la decisión sobre la amnistía a aplicar. Para las firmas que pueden optar a la inmunidad total existe un procedimiento claro mediante el cual éstas pueden saber con certitud, antes de iniciado el proceso judicial, si le es aplicable o no la total exención de las sanciones. Para el caso de empresas que puedan optar solo a una reducción parcial de las multas, la decisión seguirá siendo al final del proceso, sin embargo se establece en la ley los rangos de reducción a los que pueden aspirar según el orden de llegada en la postulación.

IV APLICACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE AMNISTIA EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS

El presente informe contiene información relacionada con la **aplicación de los programas de amnistía** en los delitos de cartelización en las principales comunidades económicas : Estados Unidos y Europa. El objetivo es tener una estimación sobre el impacto que ha tenido la puesta en marcha de las legislaciones sobre delación compensada en ambas jurisdicciones, para ello se incluyen estadísticas relevantes sobre la actividad persecutoria de carteles y se presentan hechos considerados importantes en la aplicación de la ley en ambas jurisdicciones. Finalmente se presentan algunos de los casos descubiertos de mayor notoriedad y se entregan algunas conclusiones sobre la aplicación de estas leyes.

1. Europa

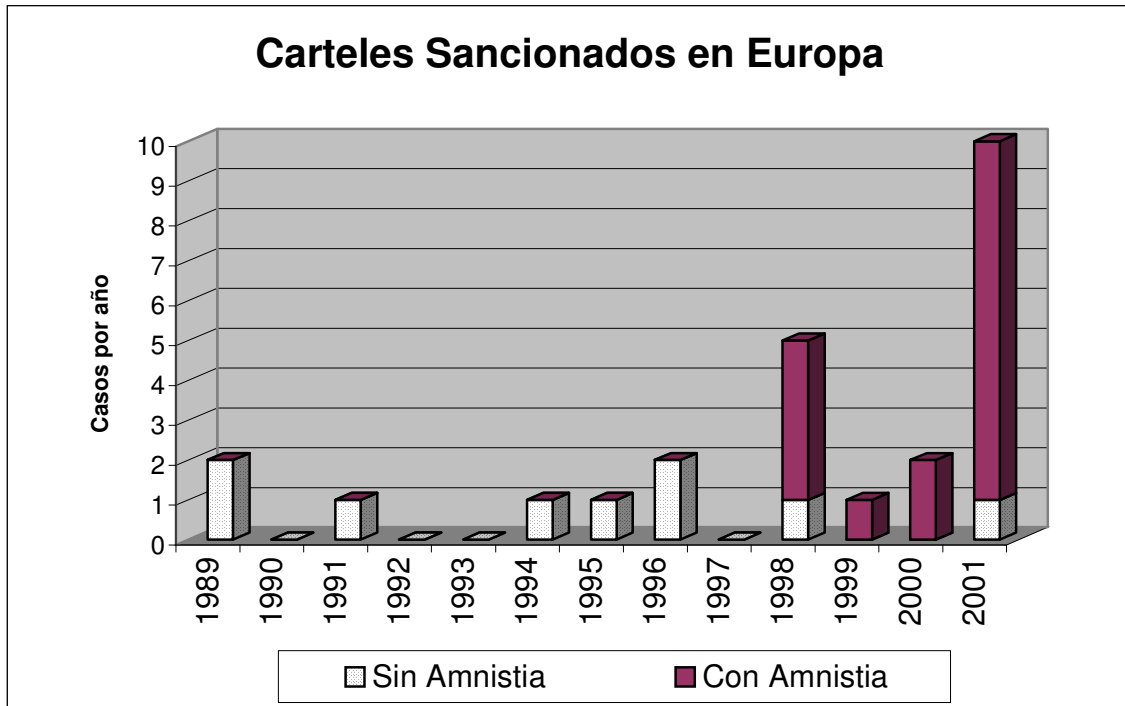
La aplicación de amnistía en la persecución de carteles en Europa se ha hecho en base a la ley²² aprobada en 1996. En su corto periodo de existencia, se puede aseverar que esta legislación ha tenido éxito en el sentido de permitir la detección de carteles desconocidos para la Comisión y de facilitar la labor investigativa de esta agencia. Desde la entrada en vigencia de dicha ley, varios records se han logrado en términos del desmantelamiento y la sanción a los carteles.

Desde la fecha de la primera aplicación del programa (1998) 18 carteles han sido sancionados, lo cual es un gran incremento si se compara con el periodo inmediatamente anterior 1989- 1997- donde sólo 8 casos de carteles fueron sentenciados (ver Tabla 3). En 16 de estos casos se hizo uso del programa de amnistía, otorgándose beneficios que variaron desde la completa inmunidad, en tres casos, hasta reducciones parciales que fluctuaron entre un 90% y un 10 % de las multas a aplicar. En términos de sanciones impuestas, el total de estas en los 16 casos han ascendido a más de 2200 millones de Euros.

El peak se logró el año 2001, con 9 casos dictaminados, entre ellos están los de mayor envergadura por la dimensión del mercado afectado así como su duración en el tiempo. En tal año se aplicaron las mayores multas en la historia de la acción antimonopolios en Europa, éstas correspondieron a los casos de: Vitaminas: 855 millones de Euros, Papel de Copia: 314 millones de Euros y Electrodo de Grafito: 219 millones de Euros. La compañía *Hoffman-La Roche* sufrió la mayor multa individual que jamás se haya aplicado : 462 millones de Euros, por su papel protagónico jugado en la operación de los distintos sub-carteles que actuaban en el negocio de las vitaminas.

²² Nota Sobre la No-Imposición o Reducción de Multas en Casos de Carteles. 96/C207/04 OJ C207. Julio 1996

Tabla 3



Fijacion de Multas

Las multas se fijan en base a los criterios establecidos en el documento oficial de la Comision Europea sobre lineamientos en la fijacion de sanciones para penalizar delitos sobre la competencia²³.

La cartelizacion esta calificada como un delito de mayor gravedad (serio infrngimiento a la ley) por lo que se considera normalmente una multa base de 20 millones de Euros, sin embargo tambien se establece un limite máximo en la sancion que corresponde al 10 % de las ventas anuales globales de la firma a sancionar. Sobre el monto base determinado según los criterios ya mencionados se pueden aplicar sobrecargos dependiendo entre otros de la duracion del delito y el protagonismo que ha jugado en la accion del cartel. En la práctica la comision ha aplicado un **50%** extra en la sancion a las firmas que han sido los líderes o principales instigadores del cartel.

²³ "Guidelines on the method of setting fines."

En la aplicación del beneficio de la amnistía, los rangos de reducción han variado según el tipo de colaboración prestada y la etapa del proceso en que esta ocurre, tal como lo señala la legislación sobre amnistía. El caso máximo corresponde al 100 %, que ha sido aplicado en tres casos y el mínimo de reducción es el 10 % que se aplica en general cuando la firma simplemente no pone objeciones y acepta la acusación que se le imputa. Como dato estadístico interesante se puede señalar que en los 16 casos sancionados, el promedio de recorte en las multas ha sido del **38 %**, lo que viene a demostrar el nivel de uso que se ha hecho del instrumento de colaboración y amnistía por parte de las empresas.

Como se mencionó anteriormente, la exención absoluta de multas se aplicó en tres casos: A la firma *Rhone- Poulenc* en el cartel de Vitaminas, a *Brassiere de Luxemburgo* en el caso de Cerveceras de Luxemburgo y a *Sappi* en el cartel de Papel de Copia. En estos tres casos las firmas proveyeron información considerada vital para descubrir el cartel, es decir dieron a conocer la existencia de la actividad ilegal antes que la Comisión tuviera conocimiento de ella y/o iniciara una investigación.

En otros dos casos – Gluconato de Sodio y Acido Citrico- se otorgaron altos niveles de reducción en las sanciones (80 % y 90% respectivamente) a las primeras firmas en cooperar ya que se estimó que la información que entregaron fue fundamental para probar la existencia del cartel e identificar las otras firmas participantes, sin embargo no se otorgó total inmunidad debido a que actuaron después que la Comisión iniciara una investigación.

Resumen de Casos

En la tabla 4 se muestran las características más relevantes en los 16 casos sancionados por la comisión en cuanto a delitos de acuerdos horizontales ilegales en los que se ha aplicado la ley sobre delación compensada.

En la mayoría de los casos, los carteles operaban por un tiempo considerado largo (cinco años o más) y abarcaban una significativa porción del mercado europeo en sus respectivos productos. Los acuerdos ilegales consistían en: Intercambio de información comercial, fijación de precios, máximos descuentos a aplicar, acordar políticas de inversión, reparto geográfico de mercado y asignación de grandes clientes por firmas.

La información obtenida por la Comisión, durante los procesos indagatorios, permitió establecer claramente la forma de operar de los carteles. Estos funcionaban en base a reuniones periódicas sostenidas en distintas ciudades en Europa y el mundo, donde se acordaban principalmente las políticas de precios y la distribución de clientes o áreas geográficas por firma. Las empresas incluso acordaban sofisticados mecanismos de monitoreo y compensación para fiscalizar e incentivar a las firmas al cumplimiento de los acuerdos. En el caso del cartel de *Acido Cítrico*, los participantes también acordaron

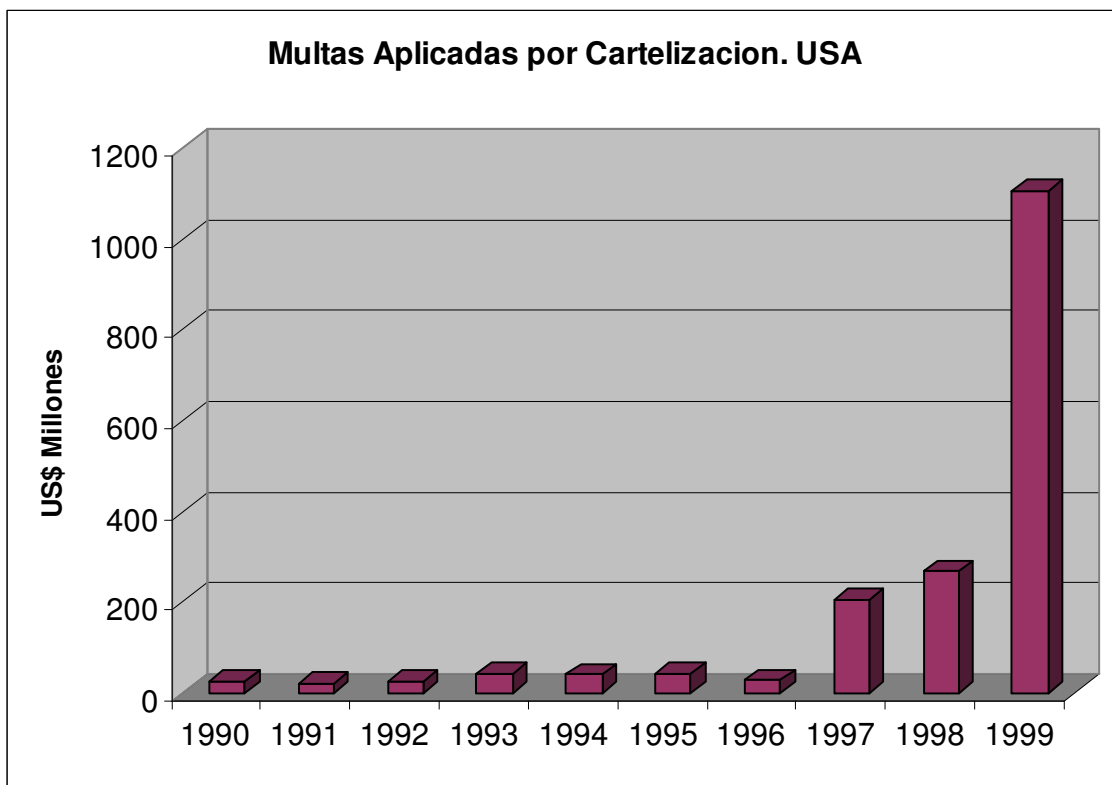
estrategias comunes, como programar guerras de precios para hacer frente a competidores externos.

Los niveles de reducción aplicados en las multas se han incrementado en promedio en el tiempo debido a que en los primeros casos (1998 –2000) la comisión ya poseía suficiente información para inculpar a las firmas y por tanto la colaboración de las empresas que hacían uso de la amnistía no fue tan significativa. Los casos cuya decisión se tomó a partir del año 2001 fueron iniciados después de la entrada en vigencia de la legislación sobre amnistía y por tanto las empresas involucradas pudieron hacer completo uso de las ventajas ofrecidas por el programa. Esto se refleja en que en cinco casos se aplicó la sección B de la nota sobre amnistía concediéndose reducciones entre un 80 y 100%. En resumen, puede indicarse que el impacto de la legislación se ha observado en dos sentidos, uno es el de facilitar la labor investigadora de la Comisión, lo que permite cerrar los casos más rápidamente ahorrando costos de litigación. El otro beneficio, más notorio y más importante ha sido el de obtener información vital para detectar los carteles y sancionarlos, éste ha sido claramente el caso de los carteles sancionados en 2001, donde se han observado las mayores reducciones, pero al mismo tiempo se han aplicado las mayores multas a nivel de cartel.

2. Estados Unidos

La aplicación de los programas de amnistía en los Estados Unidos ha incrementado notablemente la actividad persecutoria de carteles en la agencia antimonopolios de ese país. Según datos del departamento de justicia, las postulaciones para acogerse al programa han crecido enormemente luego de la entrada en vigencia de la ley pasando de 1 por año a más de dos por mes. La estadística más notoria del impacto que ha tenido la ley sobre amnistía para empresas es la evolución de las multas aplicadas por año por el delito de cartelización (penas criminales). Como se observa en la tabla 5, el monto total recaudado se incrementó en 8 veces entre 1996 y 1997 (26,8 y 205,2 US\$ millones respectivamente) y luego llegó a la cifra record de US\$ 1.100 millones en 1999. Esta última cifra es mayor que todas las multas acumuladas en más de un siglo de aplicación de las leyes antimonopolios en Estados Unidos.

Tabla 5



Fuente: Departamento de Justicia. U.S.A.

Los casos que más notoriedad han tenido- principalmente por el monto de las multas aplicadas- corresponden a carteles que operaban a escala internacional, notablemente los carteles de Vitaminas, Electrodo de Grafito, Lisina, Acido Cítrico y Gluconato de Sodio. En los dos primeros casos, las primeras firmas en acogerse al programa de amnistía quedaron completamente exentas de penalidad.

El gran alza en los montos recaudados por multas responde a dos hechos paralelos, por un lado al aumento en el numero de carteles descubiertos y por otro a que la máxima multa factible de aplicar a una firma ha pasado el limite establecido en la “Acta Sherman” de US\$ 10 millones. El departamento de Justicia ha empleado la doctrina establecida en las leyes americanas de fijar como máxima multa el doble de la ganancia ilegal o del daño causado²⁴ a terceros producto del delito cometido. De este modo, las multas aplicadas que exceden los US\$ 10 millones sirven como indicadores aproximados de la magnitud del daño provocado por los carteles en sus respectivos mercados.

²⁴ En el caso del delito de cartelizacion, el daño producido es siempre mayor al beneficio obtenido, sin embargo este ultimo es mas facil de estimar.

Tabla 6

Firma Acusada	Año	Mercado	Multa	Alcance Geografico
F. Hoffman-La Roche Ltd.	1999	Vitaminas	\$500	International
BASF AG	1999	Vitaminas	\$225	International
SGL Carbon AG	1999	Electrodos de Grafito	\$135	International
UCAR International, Inc.	1998	Electrodos de Grafito	\$110	International
Archer Daniels Midland Co.	1997	Lisina & Acido Cítrico	\$100	International
Takeda Chemical Industries, Ltd.	1999	Vitaminas	\$72	International
Haarmann & Reimer Corp.	1997	Acido Cítrico	\$50	International
HeereMac v.o.f.	1998	Construcciones Marinas	\$49	International
Eisai Co., Ltd.	1999	Vitaminas	\$40	International
Hoechst AG	1999	Sorbates	\$36	International
Showa Denko Carbon, Inc.	1998	Electrodos de Grafito	\$32.5	International
Daiichi Pharmaceutical Co., Ltd.	1999	Vitaminas	\$25	International
Nippon Gohsei	1999	Sorbates	\$21	International
Pfizer Inc.	1999	Maltol/Sodium Erythorbate	\$20	International
Fujisawa Pharmaceuticals Co.	1998	Gluconato de sodio	\$20	International
Dockwise N.V.	1998	Transporte Maritimo	\$15	International
Dyno Nobel	1996	Explosivos	\$15	Domestico
F. Hoffmann-LaRoche, Ltd.	1997	Acido Cítrico	\$14	International
Eastman Chemical Co.	1998	Sorbates	\$11	International
Jungbunzlauer International	1997	Acido Cítrico	\$11	International
Lonza AG	1998	Vitaminas	\$10.5	International
ICI Explosives	1996	Explosivos	\$10	Domestico
Mrs. Baird's Bakeries	1996	Pan	\$10	Domestico
Ajinomoto	1996	Lisina	\$10	International
Kyowa Hakko Kogyo, Co., Ltd.	1996	Lisina	\$10	International
Akzo Nobel Chemicals, BV & Glucona, BV	1997	Gluconato de sodio	\$9	International

Fuente : Reporte Anual 2000, Departamento de Justicia. U.S.A.

3. Presentacion de Casos

A continuación se presenta una muestra con casos de carteles descubiertos y sancionados bajo las jurisdicciones europeas y norte-americanas. Se incluyen los casos que han tenido una mayor notoriedad debido al alcance internacional que tenían los acuerdos ilegales y por tanto el volumen del comercio afectado. Por lo anterior, en estos casos se observan las sanciones más altas aplicadas y también se puede apreciar mejor la aplicación de los programas de amnistia por parte de las distintas agencias antimonopolios.

Caso 1 : **Cartel de Electrodo de Grafito**

Los electrodos de grafito son un insumo empleado para la producción de acero principalmente en los procesos de reciclaje de material de desecho. El volumen de este mercado alcanzaba en 1998 a 420 millones de euros (Europa) y más de 1200 millones de dólares (EEUU). El cartel estaba compuesto por 8 firmas con base en Alemania, Estados Unidos y Japon, cuya operación se extendió entre los años 1992 y 1996. La función del cartel básicamente consistía en acordar precios de venta y reparto de mercado, además de eliminar descuentos y acordar restricciones en la capacidad de producción de los miembros. Esta acción permitió que el precio de este producto se incrementara en un **60%** promedio en la mayoría de los mercados. Sendas investigaciones abiertas en Estados Unidos y la Union Europea llevaron a ambas jurisdicciones a condenar en el año 2001 a las firmas participantes en el cartel. En Europa el total de sanciones alcanzó un total de **218.8 millones de Euros** mientras que en Estados Unidos el monto llegó a los **410.0 millones de dolares** más el encarcelamiento de dos ejecutivos.

En Europa, la firma *Showka Denko* (Japón) logró la más alta reducción en la sanción (70%) ya que fue la primera firma en colaborar en la investigación y proporcionó evidencia que fue decisiva para probar la existencia del cartel. La compañía *UCAR* (USA) recibió la segunda mayor rebaja (40 %) por colaborar posteriormente, las firmas japonesas *Tokai*, *SEC* y *Nippon* obtuvieron una reducción del 10% por el sólo hecho de aceptar la acusación.

En los Estados Unidos, la primera firma en cooperar –*Carbide Graphite*– fue completamente exenta de sanción ya que cumplía totalmente con los requerimientos exigidos por la ley sobre delación compensada. Las firmas que actuaron posteriormente –*Showa Denko* y *UCAR* fueron recibiendo reducciones menores según el orden de llegada en que prestaron colaboración.

Caso 2 : **Cartel de Vitaminas**

Este cartel internacional que abarcaba una amplia gama de vitaminas ha sido el de mayor envergadura que haya sido descubierto y sancionado. Las variedades incluidas eran las vitaminas: A,E, B1, B2, B5, B6, B, C, D3, H, Beta Caroteno y Carotinoids, estos compuestos son considerados esenciales para la nutrición y son adicionados en una gran

gama de productos alimenticios de consumo masivo así como en productos farmacéuticos. Esta organización multi-cartel, compuesta por 13 compañías operó por casi 10 años, fijando precios y asignando cuotas de mercados. Para lograr mayor efectividad en sus objetivos, una gran cantidad de recursos fueron dispuestos por las firmas para vigilar el cumplimiento de los acuerdos y a su vez se establecieron mecanismos para que las empresas que se desviaran compensaran al resto de los miembros del cartel.

En Estados Unidos, la investigación condujo a la sanción de las firmas participantes en el cartel. La primera firma en colaborar, Rhone-Poulenc, quedó exenta de sanciones. Las multas aplicadas en total sumaron más de US\$ 1.000 millones, donde Hoffman – La Roche y Basf tuvieron las mayores sanciones con US\$ 500 y US\$ 250 millones respectivamente.

Dentro de Europa, la multas alcanzaron la cifra record de 855.5 millones de Euros, Rhone-Poulenc también fue beneficiada con total amnistía debido a que entregó información considerada decisiva a la Comisión, lo que le permitió a esta última comenzar el proceso contra el cartel en Europa. Al igual que en EEUU, las firmas con más altas sanciones fueron para Hoffman – La Roche y Basf (462 y 296 millones de Euros respectivamente). Esta alta sanción se explica por que las firmas eran las que poseían una mayor participación de mercado en el negocio de las vitaminas y por lo tanto eran las mayores beneficiarias de la existencia del cartel, de hecho ambas jugaron el rol de líderes y promotores de la organización en la mayoría de los sub-mercados. Por consiguiente, tal agravante les significó un sobre cargo en las sanciones de un 50 % y 30 % respecto a su monto base. Es necesario destacar que ambas firmas proveyeron de información relevante sobre la operación del cartel a la Comisión poco después de empezada la investigación (2 meses), sin embargo por haber jugado un rol de liderazgo dentro de la organización no pudieron obtener los beneficios de la reducción en sanciones contemplados en las secciones B y C de la ley. De otra forma podrían haber obtenido al menos un 50 % de reducción en las multas. El resto de las firmas participantes obtuvieron una reducción entre el 35 % y el 10 %.

Caso 3 : **Cartel de Aminoácidos** (Lisina)

La lisina es un aminoácido empleado en la alimentación de animales. El cartel estaba conformado por cinco firmas que producían el compuesto en su variedad sintética con ventas en todo el mundo cuyo volumen global alcanza a los US\$ 600 millones. Su operación abarcó el período desde 1990 hasta 1995, donde logró fijar los precios en los distintos mercados y asignar cuotas entre las firmas, tal acción le permitió subir el precio del producto a nivel mundial considerablemente durante ese período (hasta un **70 %**). Las investigaciones abiertas, primero en Estados Unidos y luego en Europa condujeron a sancionar a las firmas con un total de US\$ 91.5 millones y 109.9 millones de Euros respectivamente.

Dentro de la Unión Europea, la investigación fue lanzada una vez que el Departamento de Justicia de Estados Unidos presentó los primeros cargos contra las firmas participantes del cartel. La primera firma en cooperar con la Comisión, *Ajinomoto*, recibió una reducción del 50 % en la sanción. Esta cantidad no pudo ser mayor debido a que la firma actuó como

líder en el cartel y además no proporcionó información completa respecto al tiempo de operación de la organización ilegal. La acción de la firma *Ajinimoto* ocurrió inmediatamente después que la ley sobre programas de amnistía en Europa fuera adoptada (Julio de 1996). El resto de las firmas participantes obtuvieron las siguientes reducciones : Sewon **50 %**, Cheil y Kyowa **30 %** y Archer Daniel **10%** ya que solamente no objetó las acusaciones, sin prestar mayor colaboración en el proceso.

4. Conclusiones sobre la aplicación

La aplicación de los programas de amnistía dentro de Europa y Estados Unidos durante los últimos ocho años, permite efectuar diversas evaluaciones respecto tanto al impacto que estas leyes han tenido como a la forma en que esta herramienta es empleada por parte de las autoridades antimonopolios de ambas comunidades.

Sobre la efectividad de los programas de amnistía, las estadísticas demuestran claramente que la cantidad de carteles que han sido detectados y sancionados ha subido significativamente, además se ha logrado obtener mayor información respecto a la forma de operar de las organizaciones. Sin embargo es válido preguntarse, si este incremento en los casos detectados puede deberse a una mayor disposición a cartelizarse de parte de la industria mas que a una mejor eficacia en el control. En la estadística de casos en Europa (Tabla 4), se observa que la casi totalidad de los carteles inculpados, operaban antes de la introducción de la ley sobre amnistía, por lo cual es muy poco probable que esta ley haya inducido la cartelización. Los bullados casos internacionales, operaban con anterioridad incluso a la entrada en vigencia de los programas en Estados Unidos.

Descartando la hipótesis que los programas puedan haber inducido a las firmas a cartelizarse, es necesario analizar si otros factores han podido afectar la disposición de las firmas a coludirse. Si consideramos que la llamada globalización de la economía, ha permitido que exista mayor competencia en los mercados, se debería esperar una mayor dificultad en el establecimiento de carteles, sin embargo el descubrimiento de cinco carteles internacionales de gran envergadura es un argumento en contra de que la globalización o la apertura de mercados es un antídoto suficiente para evitar la cartelización de la industria. En definitiva, según lo expuesto, es posible concluir que el gran auge observado en la detección de carteles en los últimos años es producto de la introducción de los programas de amnistía.

Los casos en que se ha otorgado total inmunidad sirven como indicadores de la utilidad de estas leyes para detectar carteles, que de otro modo no habrían sido fácilmente conocidos. En Estados Unidos, los carteles de Vitaminas y Electrodo de Grafito han sido descubiertos debido a la voluntaria acción de firmas que han reportado tal actividad y por lo tanto han

obtenido exención total. En Europa esta situación ha ocurrido en tres casos (Vitaminas, Crevezas en Luxemburgo y Papel de Copia).

La colaboración internacional también ha tenido un rol relevante, ya que la mayoría de los llamados carteles internacionales comenzaron a ser investigados en Estados Unidos, lo que gatilló luego los procesos indagatorios por parte de las autoridades europeas. Este encadenamiento de investigaciones funciona por la vía de la acción de las firmas descubiertas en un mercado, que deciden colaborar y acogerse al programa en otros mercados²⁵. Este es un caso de externalidad positiva de la acción anti-carteles en varias comunidades.

Sobre el uso que han dado las agencias antimonopolios a sus legislaciones sobre amnistía, se puede mencionar que estas han hecho empleo de casi todo el potencial que el instrumento dispone. Así mismo, ha sido un elemento que ha reforzado y complementado la labor normal de persecución a los carteles. En ambas jurisdicciones, se ha hecho uso de la facultad de otorgamiento de inmunidad total a las primeras firmas en colaborar. En Europa, si bien la legislación de 1996 es menos benigna en términos de reducción de sanciones, se ha hecho una aplicación agresiva de la ley al proporcionar grandes reducciones a firmas que han colaborado después de iniciada la investigación (Ácido Cítrico 90 % y Gluconato de Sodio 80 %). Las reformas incorporadas en Febrero del 2002 a la ley en la Unión Europea y que buscan dar más certidumbre a las firmas al momento de denunciar y ampliar los márgenes de reducción en las multas (extendiendo inmunidad incluso luego de comenzada la investigación) deben ser interpretadas como una intención por parte de la Comisión de emplear al máximo las potencialidades que otorgan las leyes sobre amnistía para perseguir delitos de cartelización.

Si bien, todavía es temprano para dar un veredicto definitivo sobre el efecto que han producido los programas de amnistía en la lucha anti-carteles, sus efectos inmediatos se muestran auspiciosos. La numerosa cantidad de casos descubiertos, demuestra que la cartelización es un mal lejos de estar superado y debe ser una preocupación constante de las instituciones encargadas de velar por la justa competencia. Las principales economías han dado un gran paso en tal dirección al crear un instrumento que ha hecho efectiva y sobre todo creíble la acción de persecución a los carteles, lo cual sin duda posee un gran efecto disuasivo para la colusión.

²⁵ Dentro de la ley sobre amnistía en EEUU, si una firma revela su participación en un cartel internacional, el Departamento de Justicia no comunica la existencia de tal organización a otras jurisdicciones (como Europa por ejemplo). Sin embargo, tal firma que ha revelado el cartel operando en EEUU tiene altos incentivos para revelar la operación ilegal también en Europa y acogerse al beneficio de la amnistía en esa jurisdicción.

V RECOMENDACIONES FINALES

En base al análisis teórico y a la evaluación de la práctica de los programas de amnistía en el mundo, se pueden dar las siguientes recomendaciones respecto a una implementación de leyes de amnistía para delitos de cartelización dentro de la institucionalidad antimonopolios en Chile.

1. **Disponer de una política activa de persecución de carteles.** Como se demostró en la primera parte, las firmas estarán más dispuestas a revelar información cuanto más probable es que sean capturadas si no confiesan. Al incrementarles el costo de “no confesar” se hace más atractiva la estrategia de revelar el cartel. Para hacerles **creíble** tal costo, las instituciones antimonopolios deben contar con la factibilidad legal y los recursos para monitorear los mercados, llevar a cabo investigaciones y también poder tomar medidas más drásticas como allanamientos²⁶ en las sedes de las firmas sobre las cuales se tiene presunción de pertenecer a un cartel.
2. **Transparencia y Certitud en la otorgación de la amnistía.** Las firmas no estarán dispuestas a confesar su participación en un delito si no se les ofrece claras garantías que obtendrán el nivel de amnistía que les corresponde. Esto es especialmente válido para la primera firma en colaborar, la cual es generalmente la que gatilla el quiebre del cartel y hace más fácil la investigación del delito. Debe existir un procedimiento claro que establezca las condiciones bajo las cuales una firma puede optar al beneficio de la amnistía así como una **notificación temprana** y expedita que garantice que la firma que cumple las condiciones obtendrá la amnistía antes que comience el proceso indagatorio. Este aspecto ha sido considerado clave en el éxito del programa de Estados Unidos y fue así incorporado en la reforma del programa de la Unión Europea en el 2002.
3. **Total exención en las sanciones a la primera firma en confesar.** No existe mejor incentivo para que los miembros de un cartel confiesen y den a conocer toda la información relevante con que cuentan que ofrecerles total inmunidad. El gran beneficio de la primera confesión, a parte de hacer más fácil el probar el delito, es que se logra romper con el acuerdo colusivo. Desde el punto de vista preventivo, las firmas estarán menos dispuestas a cartelizarse si quien delata y denuncia el acuerdo es tratado tan favorablemente por la ley.
4. **Beneficios antes y después de iniciada una investigación.** La teoría señala que es esperable que la mayoría de las confesiones voluntarias se produzcan cuando una industria está bajo investigación, por lo que es en este escenario mayoritariamente donde los programas de amnistía debieran proporcionar su mayor utilidad. Los

²⁶ Esto se conoce como “DawnRaids” en la práctica Norte-americana.

beneficios de la amnistía a la primera firma en colaborar deben hacerse extensivos tanto antes como después de que se inicie una investigación persecutoria. El reducir considerablemente los beneficios, cuando se actua ex-post puede inhibir a la firmas a actuar, anulando el efecto de investigar sin necesariamente hacer más probable la colaboracion ex-ante.