

Conferencia Internacional

EFICACIA DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y BENEFICIOS DE LA DESARTICULACIÓN DE CARTELES EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

6 de junio de 2017
Lima - Perú

EXPOSICIONES



INDECOPI

“Eficacia de los Programas de Clemencia y beneficios de la desarticulación de carteles en la defensa de la competencia”

Conferencia internacional

INDECOPI, Lima, 2017.

Área: Ciencias Sociales

Formato: E-Book

Páginas: 53

Copyright © 2017

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Escuela Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

Calle De la Prosa N° 104 – San Borja, Lima, Perú.

Teléfono: (51-1) 224-7800

Correo electrónico: escuela@indecopi.gob.pe

Síguenos: Indecopi Oficial



Sitio web: www.indecopi.gob.pe

Transcripción escrita de las exposiciones orales desarrolladas en el Conferencia internacional “Eficacia de los Programas de Clemencia y beneficios de la desarticulación de carteles en la defensa de la competencia”.

Ortografía, sintaxis y edición: Sara Chávez Urbina.

Supervisión y revisión de la edición: José Purizaca Vega, Director de la Escuela Nacional del Indecopi.

Fotografías: Archivo fotográfico del Indecopi.

Editado en agosto 2017. Primera edición digital.

Diseño, diagramación y digitalización e-book: Bruno Román Bianchi

ISBN N° 978-9972-664-66-3

E-Book. Esta publicación se puede consultar como un texto interactivo en

<http://www.escuela-indecopi.com/>

La versión electrónica permite a los profesionales e interesados en el tema compartir información y material relacionado, para mejorar la experiencia de aprendizaje multimedia y el intercambio de conocimientos.

La información contenida en este documento puede ser reproducida, mencionando los créditos y las fuentes de origen respectivas.

Indecopi adopta en sus textos la terminología clásica del masculino genérico para referirse a hombres y mujeres. Este recurso busca dar uniformidad, fluidez y sencillez para la lectura del documento. No disminuye de modo alguno el compromiso institucional en materia de equidad de género.

Las ideas, afirmaciones y opiniones expresadas por los expositores y/o autores, son de su exclusiva responsabilidad y no necesariamente reflejan las opiniones del Indecopi.

Nota del editor: En la transcripción oral a texto de las exposiciones, se ha respetado la variedad del español y el carácter coloquial utilizado por los ponentes.

Atendiendo el pedido de derechos de autor de Emma Burnham, no se publica su ponencia “Experiencia estadounidense”, correspondiente al Panel 2 de la conferencia internacional.



CONSEJO DIRECTIVO

Ivo Gagliuffi Piercechi
Presidente

Fernando Martín De la Flor Belaunde
Consejero

Laura Berta Calderón Regjo
Consejera

Teresa Stella Mera Gómez
Consejera

Rafael Treistman Malamud
Consejero

CONSEJO CONSULTIVO

Richard Webb Duarte

José Ricardo Stok Capella

Alberto Nabeta Ito

María Matilde Schwalb Helguero

Catalina Chepa Guzmán Melgar

GERENTE GENERAL

Juan Joel De la Cruz Toledo

Director de la Escuela Nacional del Indecopi

José Purizaca Vega

PALABRAS DE BIENVENIDA

Alberto Rodríguez 06
Director del Banco Mundial para Bolivia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela

Ivo Gagliuffi Piercechi 08
Presidente del Consejo Directivo del Indecopi

PANEL N° 1. 10

EXPERIENCIA DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO SOBRE EL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN BENEFICIO DE LOS CIUDADANOS

• **EXPERIENCIA CHILENA** 11

Felipe Irarrázabal Philippi
Fiscal Nacional Económico de la Fiscalía Nacional Económica de Chile

• **EXPERIENCIA MEXICANA** 19

Francisco Téllez García
Director General de Prácticas Monopólicas absolutas de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE)

• **EXPERIENCIA COLOMBIANA** 25

Jorge Enrique Sánchez Medina
Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio

• **RESUMEN DEL MODERADOR** 31

Jesús Espinoza Lozada
Secretario Técnico de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.

PANEL N° 2. 33

ESTRATEGIAS EFECTIVAS PARA DESARTICULAR CARTELES EN BENEFICIO DE LOS CIUDADANOS

• **EXPERIENCIA OECD** 34

Sean Ennis
Economista Senior de la División de Competencia de la OECD

• **TENDENCIAS GLOBALES PARA LA DESARTICULACIÓN DE CARTELES EN
BENEFICIO PARA LOS CIUDADANOS** 40

Tanja Goodwin
Economista del Equipo de Mercados y Competencia Práctica Global de Comercio y Competitividad del Banco Mundial

• **RESUMEN DE LA MODERADORA** 47

Roxana Arellano García
Secretaria Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi.

CONCLUSIONES 50

Ena Garland Hilbck
Presidenta de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi

PALABRAS DE
BIENVENIDA





Buenos días a todos y a todas; señor Presidente del Consejo Directivo del Indecopi, Ivo Gagliuffi, representantes de Chile, de Perú, de Colombia, de México y de Estados Unidos, que están aquí para este evento importante.

El Presidente de la República de Perú, Pedro Pablo Kuczynski, ha fijado como meta en el programa de gobierno, incorporar al Perú como miembro de la OCDE para el año 2021.

La Presidenta del Congreso, Luz Salgado, con quien visitamos París hace unos meses, también expreso su compromiso desde el lado del legislativo para apoyar este proceso y ha avanzado y propone avanzar reformas legales pertinentes en este objetivo.

Desde el año del 2014, a solicitud del gobierno del Perú, el Banco Mundial ha apoyado al gobierno en un proceso de "Programa País" con la OCDE, que busca fomentar el crecimiento económico, la gobernanza pública, la productividad, el cuidado del medio ambiente y la integridad del sector público.

En este proceso hemos trabajado en el convencimiento que el país va a avanzar en estas áreas de política pública, y que la mejora de la competencia y el fomento de mercados es parte importante para el beneficio de los ciudadanos peruanos y de sus empresas.

En el evento que hoy asistimos, tendremos la ocasión de escuchar directamente la experiencia de varios países de la OCDE y de Colombia, que también está en proceso de acceso, sobre cómo han funcionado estas herramientas y, entre otras, en particular los Programas de Clemencia.

La cooperación internacional fomentada por organismos multilaterales como el Banco Mundial y la OCDE, pero también a nivel regional, es fundamental en este esfuerzo.

El año 2013, el Perú, Colombia y Chile firmaron un acuerdo de cooperación en temas de defensa de libre competencia, y su importancia ha sido puesta en evidencia ante la naturaleza regional de acuerdos de colusión recientemente desmantelados en estos tres países.

La política de competencia es clave para el bienestar de los consumidores, los acuerdos colusorios entre empresas suelen generar sobreprecios de un promedio del 49% y afectan en la gran mayoría a los hogares más pobres, según los estudios conjuntos del Banco Mundial y de la OCDE.

La experiencia internacional deja claro que los programas de clemencia o de delación compensada llamados leniency programs, son una herramienta clave para desestabilizar esos acuerdos colusorios, a pesar que algunas personas pudiesen interpretar estos acuerdos como mecanismos para evadir la justicia.

Todos los países miembros de la OCDE cuentan con estos acuerdos de leniency programs, y por eso con estos seminarios lo que pretendemos es el intercambio de experiencias en torno a estos acuerdos que precisamente buscan destapar estas actividades colusorias y no fomentar la escapatoria de la justicia.

Para nosotros el trabajo con Indecopi desde el año 2012 ha sido muy importante. Hemos trabajado muy



de cerca esos temas operativos de Indecopi, a través de cuatro asistencias técnicas desde ese año, y vemos como esta institución se ha convertido con el paso del tiempo en una institución de alta credibilidad en el país.

Basta, por ejemplo, con mirar el número de días que demoraba el Indecopi en el 2012 para sancionar a los acuerdos colusorios, que era 914 y saber que en el último año este número ha bajado a cerca de 300. Este trabajo de eficiencia genera confianza en la población, genera confianza en las empresas, lleva a esta institución a poder precisamente brindar ese trabajo de vigilancia que le ha sido encomendado por el Gobierno, por la Constitución, con mucha más efectividad y de una forma eficaz para beneficio de los peruanos y sus empresas.

En nombre del Banco Mundial no más que darles a todos una bienvenida a este evento, agradezco al panel de expertos internacionales que traen experiencias de altísimo nivel de todos esos países que he mencionado y espero que este aprendizaje e intercambio de experiencias sea útil no solamente para ustedes en Indecopi, a quienes escuchan, sino también para los expositores que pueden aprender un poco de lo que están haciendo en los otros países, no solo Perú.

Muchas gracias por tenernos Ivo en tu casa, y bienvenidos todos.



Alberto Rodriguez

*Director del Banco Mundial para
Bolivia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela.*



Buenos días estimado señor Alberto Rodríguez, Director del Banco Mundial para Bolivia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela; estimados panelistas que representan a las autoridades de competencia de México, Colombia, Chile y Estados Unidos; estimados representantes de la OCDE y del Banco Mundial.

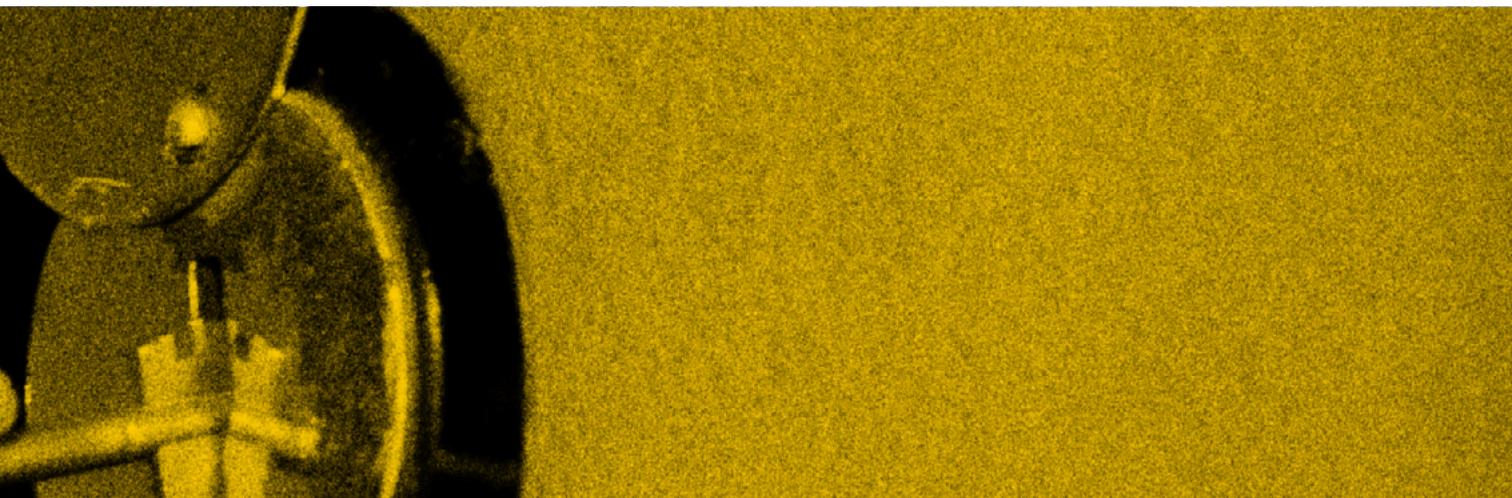
Me corresponde explicarles por qué estamos hablando de clemencia hoy día, y hay que recordar un tema de fondo: las coyunturas en el país a veces mueven la brújula y llevan un poco el día a día a las entidades. Es importante que las entidades del Estado respondan a las coyunturas; es importante que las entidades del Estado respondan a determinados aspectos críticos que puede estar viviendo nuestra ciudadanía, o reclamos que provengan de la ciudadanía y los medios; como ocurre hoy día, por ejemplo, con el tema de los carteles o como va ocurriendo con un caso tras otro mientras estamos desarrollando las funciones en el Indecopi.

El Indecopi es una entidad muy grande, es una entidad -y siempre lo quiero resaltar- que maneja siete temas distintos. Manejamos protección al consumidor, estamos a cargo de libre competencia, estamos a cargo de la represión de la competencia desleal y de la publicidad comercial, estamos a cargo de la eliminación de las barreras burocráticas, estamos a cargo de temas de dumping, subsidios, eliminación de barreras para arancelarias, estamos a cargo de todo el sistema de propiedad intelectual, patentes, signos distintivos, derecho de autor y estamos a cargo además del sistema concursal.

Por eso, el día a día siempre puede ver al Indecopi enfocarse en determinados temas de coyuntura que van surgiendo; pero no nos debemos quedar solo en la coyuntura, sino que, también, como Indecopi, como organismo técnico, debemos siempre recordar cuales son las grandes instituciones de fondo que debemos defender.

Se ha convocado a un evento de clemencia y agradezco al Banco Mundial muchísimo, sobre todo a Tanja y a Alberto, por el apoyo que nos han dado en sacar esto adelante. Porque recientemente, como saben, se ha resuelto el primer caso de clemencia en primera instancia en el Perú. Es la primera vez que se utiliza esta figura en el Perú en un programa de clemencia. Es una figura que tiene aproximadamente 21 años en la legislación peruana, luego de una campaña intensiva que hizo el Indecopi desde el año 2010 se presentaron los primeros programas o pedidos de clemencia y este año se ha emitido la primera resolución donde se aplica la figura.

¿Por qué hemos convocado a este evento? Por dos motivos: el primero, porque queremos resaltar y analizar en profundidad con nuestros pares, así como con la OCDE y el Banco Mundial, por qué es importante esta figura. Y, el segundo, porque como consecuencia de esta primera resolución surgieron una serie de críticas -válidas o no-, de dudas, de consultas de diferentes actores que están alrededor del Indecopi, tanto legales como políticos, técnicos y ciudadanía en general.



Y es importante que el Indecopi asuma la responsabilidad de educar, de explicar las figuras que aplicamos. No solo de aplicarlas, porque la gente tiene que entender por qué las usamos y por qué son necesarias para ejercer adecuadamente nuestras funciones.

La clemencia, la exoneración al delator, no es impunidad; es un mecanismo utilizado -como lo van a poder apreciar en este evento- por las principales agencias de competencia en el mundo, recomendado por el Banco Mundial, recomendado por la OCDE, recomendado por el ICN, recomendado por la UNCTAD; por ello hemos seleccionado este tema para exponerlo a nuestros aliados de la Alianza del Pacífico: Chile, México, Colombia. Todos utilizan la figura de la clemencia en sus jurisdicciones.

Asimismo, hemos invitado al Departamento de Justicia (DOJ) de Estados Unidos, por la evidente influencia que tiene dentro de nuestra esfera jurídica y sobre todo en la actual aplicación de la normativa de libre competencia. Hemos invitado a la OCDE, para que también ellos nos comenten como ven el tema de la clemencia, teniendo en cuenta que el Perú está dentro de un "Programa País" y estamos poniendo todo nuestro esfuerzo para poder ser miembros algún día de este club de países desarrollados a nivel institucional. También hemos convocado y recibido este gran apoyo del Banco Mundial, para que nos cuente a través de su representante, como ven esta figura.

Ese es el motivo por el cual se desarrolla este evento, ese es el motivo por el cual consideramos que el evento es importante para el Indecopi y para el país, para seguir institucionalizando las figuras de la competencia y seguir aportando a favor del correcto funcionamiento de los mercados.

Señores, bienvenidos, disfruten el evento, aprovechen y aprendan de nuestros expositores. Y, nuevamente, muchísimas gracias a los expositores y gracias por este apoyo al Banco Mundial y a la OCDE. Doy por inaugurada formalmente la conferencia internacional.

Muchas gracias.



Ivo Gagliuffi Piercechi

*Presidente del Consejo Directivo del
Instituto Nacional de Defensa de la Competencia
y de la Protección de la Propiedad Intelectual*

Panel N° 1.

Panel N° 1.

EXPERIENCIA DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA ALIANZA DEL PACIFICO SOBRE EL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN BENEFICIO DE LOS CIUDADANOS



EXPERIENCIA CHILENA

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI

Fiscal Nacional Económico de la Fiscalía Nacional Económica de Chile

Abogado por la Universidad de Chile y Master en Derecho de la Universidad de Yale, Estados Unidos. Desde el año 2000 es profesor de Derecho Económico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile e imparte clases de posgrados en otras escuelas y universidades.



Muchas gracias, muchas gracias Jesús y muchas gracias al Indecopi. Indecopi en el contexto latinoamericano es una institución de reconocido prestigio técnico y obviamente también con una carga de trabajo grande, que ya Ivo la especificó; así que muchas gracias Ivo, muchas gracias Jesús, y también muchas gracias al Banco Mundial, a Alberto y a Daniel.

Creo que eventos como este de un tema preciso -donde se reúnen autoridades de distintos países y se ve la experiencia- es muy positivo; porque uno se da cuenta que no está solo, como agencia, y que un poco de lo que está haciendo es un poco también lo que están haciendo otras instituciones similares en el resto de los países.

Voy a hablar entonces de la delación compensada en la experiencia chilena. Yo creo que probablemente de nosotros tres, yo voy a ser -como estoy primero y como tengo la reducción del tiempo- quien va a decir cosas más generales y quizás la gracia es que como ustedes no conocen mi presentación, van a tener la energía de poder ir variando y especificando cosas aún más.

Bien básico, los carteles son acuerdos entre competidores sobre una variable competitiva. Los carteles lo que hacen en el fondo es que eliminan o suavizan la rivalidad que tienen que existir entre los competidores y esta es la gracia de un sistema de economía de mercado: que existe tensión competitiva y esa tensión va en beneficio de los consumidores.

Los competidores no son buenas personas porque si, sino lo que quieren es ganar mayor participación de mercado y ¿cómo lo hacen? bueno, bajando los precios, mejorando la calidad, de alguna forma, socavando al competidor.

Ese es el sistema y en ese sistema la gracia es que exista asimetría de la información, incluso problemas de información entre los mismos competidores, para que esa competencia sea lo más intensa posible.

Entonces, los carteles lo que hacen es que en perjuicio de los consumidores destruye esta tensión disruptiva que se llama economía de mercado.

Se ha dicho que las colusiones son un cáncer de la economía de mercado, lo ha dicho por primera vez la Corte Suprema de Estados Unidos, pero se ha ido repitiendo como un mantra en organismos posteriores, de hecho, la Corte Suprema chilena tiene varias frases bastante similares a esta.

Eso ya es lo general de lo general y voy a ser un poquito más específico. La delación compensada es eficaz y eficiente para las investigaciones de casos concretos. Y no solo eso, lo primero es que es el arma principal para desbaratar carteles a propósito de investigaciones concretas. Pero no solo eso, sino que también es el arma para desestabilizar carteles que están funcionando y que puede que la autoridad no los puede investigar porque no los ve, porque no es fácil ver los carteles. Voy a explicar esto con posterioridad.

La gente cree que investigar carteles es como una "brea pelada" (o sea, algo que se entrega ya hecho), no es así; es muy difícil investigar carteles y es más difícil convencer a la autoridad de que existió un cartel en base a la evidencia dura, por eso es que la delación compensada es muy eficaz y muy eficiente porque es una confesión que permite guiar la investigación y permite obtener prueba o evidencia concreta. Pero, además, desestabiliza carteles que están funcionando pero que la autoridad no los ve.

Hay un estudio muy interesante de un norteamericano que dice que un 25% de los carteles son investigados por la autoridad, y el resto, el saldo, la autoridad no logra investigarlos y eso ha sido una realidad planetaria, no solamente de una agencia en particular.

Y además sirve para inhibir carteles, porque imaginense una reunión entre los que les gustaría cartelizarse y lo primero que dicen es bueno y si no funciona, si tú te delatas o tú me delatas a futuro; entonces siembra en el cerebro de quienes tienen la tentación de cartelizarse, una semilla que al final puede hacer que no convenga o no sea buen negocio el cartelizarse porque mi compañero de viaje o infracción va a ser mi principal enemigo, una vez que yo me delate.

Es justa la delación compensada y esto es muy difícil de transmitir y nosotros hemos tenido grandes desafíos con algunos congresistas chilenos, y ahora también hay una tendencia -que está en todos lados- que es un populismo que hace también que en el mundo la idea pueda ser también difícil de debatir por la experiencia concreta.

Pero es justa porque al delator nunca se le exonera de la indemnización, se le podrá exonerar de las sanciones, de la resolución de multas, pero tiene que indemnizar.

La delación compensada no es una institución fácil de entender para nuestra cultura jurídica.

Entonces también es entendible que la comunidad legal de abogados y que incluso los periodistas, y que incluso el Congreso, y que a veces incluso el mismo gobierno, tengan dificultad en entender la lógica que hay en la delación compensada, que les adelanto es contra intuitiva y voy a explicar por qué.

Esto yo creo que la representante del Departamento de Justicia de Estados Unidos lo va a hacer mejor que yo. Pero, si ustedes comparan el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, que fue el que, entre comillas, inventó la delación compensada en los 70, se van a dar cuenta que los resultados del Departamento de Justicia en la persecución de carteles son otros antes de la delación compensada que después de la delación compensada.

Y también se van a dar cuenta de una cosa y esto está escrito: que la delación compensada no ha sido un mecanismo fácil de implementar en los países que se han implementado, entonces si ustedes ven Estados Unidos: en los 70 no funcionó, en los 80 más o menos, en los 90 sí funcionó; y en Europa va a ser lo mismo: a fines de los 90 no funcionó, en los 2000 más o menos y a mitad de los 2000 sí funcionó.

De nuevo, hay un antes y un después en las sanciones de temas de carteles y el punto de inflexión es una delación compensada efectiva que funcione. Este es el caso de Europa, el caso de multas, lo mismo que ya les dije -y esta presentación la voy a dejar para que la puedan revisar- esto está basado en información pública y ahí comparan Estados Unidos con Europa, a propósito de las multas impuestas.

Eficacia de la delación: De nuevo, a partir de la introducción de un programa de delación compensada efectiva en Estados Unidos la capacidad de detección de los carteles aumentó un 62%. Esto es un paper que está hecho en base de muchos supuestos y lo interesante es que la tasa de formación de los carteles es de un 59% más baja. En el caso de la Comunidad Europea sobre el 75% de los casos de los carteles se inician por delación compensada. En Estados Unidos yo creo que

el número es mayor, entiendo que es sobre el 95% y hemos visto que en Brasil ha tenido un liderazgo en esta materia y también México está avanzando, en lo que es la delación compensada.

Difícil de entender. Aquí, creo que Ivo ya adelantó esta dificultad, pero digamos primero que esta institución contrasta con nuestra concepción retributiva de una sanción y esto es típico de jueces continentales, del mundo francés y del mundo alemán, en el sentido de que lo justo es darle a cada uno lo suyo y entonces hay que hacer un análisis de cuáles son las acciones que cada uno hizo y en base a eso una sanción retributiva que en el fondo diga la relación y sea proporcional a las acciones de cada uno.

Salvo que se haya delatado, porque si se delato se exime de todas las sanciones. Pero eso no es una lógica retributiva, ni tampoco del análisis fáctico de que si los hechos calzan o no con la infracción.

Genera sensación de impunidad y puede ser visto como un premio a la traición. El tema de la impunidad es porque muchas personas ven esto cortoplacista y lo ven en un caso concreto; yo creo que es un error hacer una evaluación de la delación compensada justo cuando aparece un caso concreto. Es un error porque la delación compensada tiene que dejar que la institución funcione por años para hacer su evaluación, no puede hacer una evaluación en base a un caso concreto; además tampoco pueden hacerlo suponiendo que ya saben los resultados de ese caso concreto.

Es que una de las personas que confesó no va a tener sanción. Es que, si no es así, el próximo no va a confesar. Si el combustible de la delación compensada, la zanahoria del programa es justamente ese y hay que ser bien pragmático, si usted no le entrega certeza al delator imagínese no va a ver delator, como no ha habido delatores o como no ha habido buena persecución de carteles antes de la instauración de este mecanismo.

Bueno previo a la tradición, a ver la delación creo que alguien que cometió la peor infracción de la libre competencia y que actuó a espaldas de la economía de mercado, defraudando a los consumidores y después con su mejor amigo lo traiciona. Ese es el concepto de la delación compensada, entonces lo que uno tiene que hacer como autoridad es que tiene que acoger al delator de manera que ese tránsito, ese proceso de entre comillas de la traición respecto de lo que hasta hace poco eran sus mejores amigos sea de la manera más fluida posible.

Supone una delegación de los poderes investigativos de la autoridad, esto es duro decirlo, pero es así, cuando hay una delación compensada una de las gracias es que la autoridad tiene que dejar que la misma empresa a través normalmente de su abogado externo y también de las firmas tecnológicas y economistas hagan la investigación de la delación compensada. Y uno tiene que dejar que ellos hagan la investigación y ellos asumen el papel como si fueran autoridades de libre competencia.

Ellos interrogan, aprietan, buscan evidencias, escarban en los computadores, y lo hacen ellos. Eso es una de las gracias o beneficios de la delación compensada ya que hay un ahorro del costo por parte de la autoridad porque de alguna forma delega a través de los asesores de la empresa que se delataron el ejercicio de las facultades de investigación.

Requiere certeza de parte quien otorga la delación compensada, ya lo dije, y requiere

confidencialidad de los antecedentes aportados.

Sin delación compensada no hay persecución efectiva de los carteles, sin confidencialidad de la información que entrega el delator no hay programa de delación compensada. Esto es casi tan igual de importante como el hecho de que obtenga los beneficios de la manera más fluida y con la mayor certeza posible.

La confidencialidad es clave ¿por qué? porque la investigación de los carteles -siempre en un 90%- son investigaciones de la economía que existen, en la cual se mueven estos actores, en donde se produjo el cartel, y entonces esa información es evidente que es necesaria que el delator la entregue y está entregando información que es confidencial y que sería malo para el mercado que la conozcan sus competidores, y los organismos de libre competencia son guardianes de esa información.

Si la empresa sabe que esa información se va a ser pública, esa empresa no va a entregar esa información o esa empresa va a decidir no delatarse, porque no va a ser un buen negocio delatarse.

La delación compensada en Chile: nosotros tenemos tres organismos y hay un organismo que es persecutor que es la Fiscalía Económica -del cual yo soy la cabeza- y después está el Tribunal de Defensa de la Competencia, que es un organismo judicial completamente independiente, y después nos vamos directo a la Corte Suprema; ese es el mecanismo chileno y que les va a servir para los casos que les voy a contar.

Voy a contarles tres casos concretos donde espero convencerlos de nuevo, a propósito de estos casos, de la importancia de la delación compensada.

El primero es el Caso Farmacias de retail, esta fue una acusación. Aquí ustedes pueden ver el screening que se hizo de la subida de precios y una acusación donde se ganó el caso, pero transpiramos porque tuvimos que convencerlos que había evidencia y a la Corte Suprema que había evidencia suficiente día a día y aquí está el germen de la delación compensada, porque una de las cadenas de farmacia, la farmacia Ahumada -que entiendo también está aquí, tiene presencia aquí y en México- confesó una vez que ya se había presentado la demanda.

Entonces es una suerte de conciliación, no es una delación compensada propiamente porque la investigación ya había terminado y estaba en proceso de demanda, pero fue muy importante el aporte de ellos.

¿Porque era difícil el Caso Farmacia? porque entre ellos nunca había contactos, los contactos siempre eran a través de laboratorios, entonces y ¿porque pasa eso? porque las empresas no son tontas y saben de qué no pueden arriesgarse a dejar rastros de los negocios o acuerdos de cartel.

Y esto ¿qué luces nos dan? que lograr investigar un cartel es muy difícil y entonces ¿cuál es la solución? la delación compensada.

Miren lo que dijo la sentencia de la Corte Suprema que nos dio la razón, porque el caso lo ganamos y se les impuso una multa de 40 millones de dólares y lo dijo que la confesión, que este germen de la delación compensada, tiene reparos éticos en la Corte Suprema. La Corte Suprema de alguna forma está dando a entender de que hay un dilema y es una institución nueva en la cultura jurídica continental y en el fondo lo que ellos dijeron fue que una de los elementos que tuvieron en consideración fue la confesión, es el mensaje que están entregando a la Corte Suprema, quien confirmo

en todos sus extremos la sentencia del Tribunal de la Libre Competencia.

Y mire aquí, una Diputada que tuvo un chispazo digamos y dijo: "Le molesta -dice- por nuestro apego al valor de la lealtad". Y ahí estamos hablando un poco del tema de la traición, de lo que hay detrás de la delación compensada, que es lo que la autoridad tiene que aceptar y alimentar; ese es el combustible que efectivamente existe, el darle los suficientes premios porque quien se delata efectivamente antes era parte de un cartel y está traicionando a los que acompañaron a ese cartel.

Entonces, uno tiene que darle un premio suficientemente bueno para sortear ese obstáculo natural.

El Caso Pollos, ustedes tuvieron un Caso Pollos también, y por eso estas reuniones que tenemos ahora gracias a Indecopi y el Banco Mundial son buenas, porque uno se da cuenta que hay mucha similitud entre los mercados entre nuestros países, pero si uno raspa un poco más de lo que hay detrás y se da cuenta por ejemplo que los sistemas legales también son muy parecidos. Los sistemas legales de los países latinoamericanos e incluso los mercados son parecidos, los actores son parecidos y curiosamente las conductas son parecidas.

Lo que muchas veces no son parecidas son las respuestas de las mismas empresas de distintas jurisdicciones, según qué condición tengan, y es muy interesante porque nos da espacio para tener más labores de coordinación en relación a que tan coherente son esas respuestas de la misma empresa en relación a una misma conducta.

Bueno, nos costó mucho el Caso Pollos. Miren la prueba que había aquí: Esta gente estaba tan cómoda que armaron su cartel -que tenía más de 10 años- que incluso públicamente lo dijeron en un diario importante como podría ser el diario El Comercio del Perú, "con Ariztía y con Agrosuper [las empresas competidoras] tenemos una asociación gremial muy fuerte a través de la cual hemos logrado acuerdos con respecto a lo que le corresponde a cada uno en el mercado, no nos vamos a quemar por uno por ciento más".

Esto refleja una repartición de mercado, y si uno hace un screening elemental de participación de las tres empresas en un periodo de diez, quince años, aparece nítida esa repartición.

Sufrimos por este caso cuatro años, sufrimos, gastamos en asesoría externa e informe económico -hasta Joe Harrington de Estados Unidos hizo un informe económico- nosotros también digamos externo que nos presentaron recursos tuvimos que ir al Tribunal Constitucional, a la Contraloría a Cortes de Apelaciones y ganamos seis cero, seis cero, seis cero, como se dice en jerga tenística, conseguimos 80 millones de dólares pero sufrimos y ¿por qué sufrimos? en parte porque no teníamos delación compensada tuvimos que hacer un allanamiento, pero una delación compensada nos hubiera ahorrado mucho tiempo en la investigación y después en la litigación, porque es muy distinto cuando uno del cartel reconoce que efectivamente hay un acuerdo, es muy distinto.

Caso Papeles, curioso, hay similitudes, lo estamos litigando y el contraste entre este caso y en el de pollos es notable, ¿en qué sentido? primero en el esfuerzo de investigación de la Fiscalía, segundo en el esfuerzo de litigación de la Fiscalía, pero después también en que las pruebas que hay acá son más sutiles que las que les acabo de referir.

Aquí tenemos: computadoras que se fueron al río, que tenían evidencias -y obviamente no contratamos buzos, esto paso hace mucho, paso un año atrás- teléfonos de pre pago o sea ya estamos hablando de políticas o mentalidades muy avezadas para efectivamente no dejar rastro en el uso de Gmail y Hotmail, ninguna información de la compañía, y aquí se ve muy interesante podría estar horas en la tabla de Excel que está abajo, pero este cartel tiene un nivel de sofisticación que yo nunca lo he visto ¿por qué? porque teníamos la mirada de 360 grados en donde los dos cartelizados, ambos dos se delataron.

Y yo les digo, bienvenido al segundo delator, porque siempre aporta para mejorar los niveles de pixeles de la realidad y además disminuyen la litigiosidad posterior en la medida que tengamos un segundo delator, y -en Chile lo restringieron por ley a dos- si tienen tres delatores, cuatro delatores, cinco delatores, bienvenidos todos ellos y que se les aplique la ley como corresponde y eso a la autoridad le hace más fácil el trabajo.

Porque lo importante al final, más que castigar ese cartel en concreto, yo creo que lo importante al final es que se disuada, esa es la palabra clave, y que a futuro no existan más carteles. Y la forma de disuadir es que vean a la autoridad que va a hacer, va a tener la capacidad para poder dismantelar esos carteles y la forma para dismantelar esos carteles son dos palabras mágicas, se llama: delación compensada. No hay otra, es cuestión de mirar lo que ha pasado en otros países.

Gracias a la delación compensada, se supo que computadores terminaron en un río con agua, teléfonos de pre pago, Gmail y Hotmail. Y hay otros casos también, pero los casos que puedo decir públicamente son tres, porque todos ellos ya son públicos y los tres ya están resueltos.

Y ¿cómo están resueltos? Que gana siempre la Fiscalía Nacional Económica y ¿por qué? es que somos buenos abogados y buenos economistas, sí, pero ¿qué más?, si uno no se hace publicidad uno mismo quien más, ¿qué más? por la delación compensada. Esa es la clave. En Chile y en otros países.

Conclusiones, y con esto termino en mi tiempo.

La delación compensada permite obtener evidencias duras y focaliza y agiliza la investigación. Después creen que la brea esta pelada cuando ya la investigación está lista y las resoluciones ya se ven y se resuelven; pero no entienden que el proceso es anterior a eso y tampoco entienden que la delación compensada es una institución no para casos concretos y que hay que mirarla en el largo plazo en relación a los casos que van ocurriendo posteriormente.

La delación compensada permite desestabilizar carteles y evita su formación, la delación compensada funciona si la amenaza a la detección es real, la persecución es exitosa y la sanción es drástica.

La libre competencia avanza con un caso exitoso. Ojo los casos exitosos aumentan en la medida que hay delación compensada. El Caso Farmacia mostró los beneficios de la confesión y la necesidad de contar con facultades exclusivas. El Caso Pollo mostró la efectividad de la Fiscalía para detectar carteles e incluso sin delación compensada la necesidad de subir los costos de la infracción, a un costo profesional de la agencia enormes, ¿porque? porque no había delación compensada.

Y el Caso Papeles, mostró los beneficios de la delación compensada y la necesidad

de un cambio legal profundo.

Voy a mostrar esto muy rápido:

Primero es una encuesta que nosotros hacemos cada dos años a los abogados de libre competencia, que le encargamos a Deloitte y la práctica privada (que son nuestras contrapartes) nos critican en esas entrevistas personales que hacen los empleados de Deloitte y después nos entregan la información agregada y nosotros publicamos esa información. Es bien sano, y creo que esto no lo hacen otras agencias

A nosotros nos ha ido bien como agencia y hemos ido mejorando. Esa es la opinión de los abogados privados de libre competencia.

Miren preguntamos y estos son todos los abogados que trabajan en libre competencia en Chile: ¿Cómo califica en general el grado de intervención la Fiscalía en materia de carteles? Correcto el 92%; y lo interesante es que en el 2014 en el mismo ejercicio aparecía como correcto un 63%, entonces se ha ido reconociendo. Ahora igual dicen los comentarios de los participantes que "al final la Fiscalía siempre se ampara en la delación compensada", es obvio.

Después les preguntamos ¿cómo califican en general el nivel de análisis técnico que ha realizado la Fiscalía en materia de carteles? y si ustedes suman muy bueno y bueno, estamos hablando de alrededor de 70 y tantos por ciento. Lo que es importante -pero que también hay un regular- es decir hay un algo que uno tiene que ir avanzando y trabajando en cómo aplicar efectivamente este mecanismo, y ahí ustedes ven los comentarios.

Y después ¿considera que la nueva figura de la delación compensada pensada en Chile logrará desestabilizar los carteles o impedir su formación? Los mismos abogados que asesoran a las empresas que se cartelizan nos dicen que "sí" en un 88% y que "totalmente de acuerdo" un 8%, entonces tenemos casi el 100% de que ellos dicen que este es el mecanismo para descentralizar los carteles.

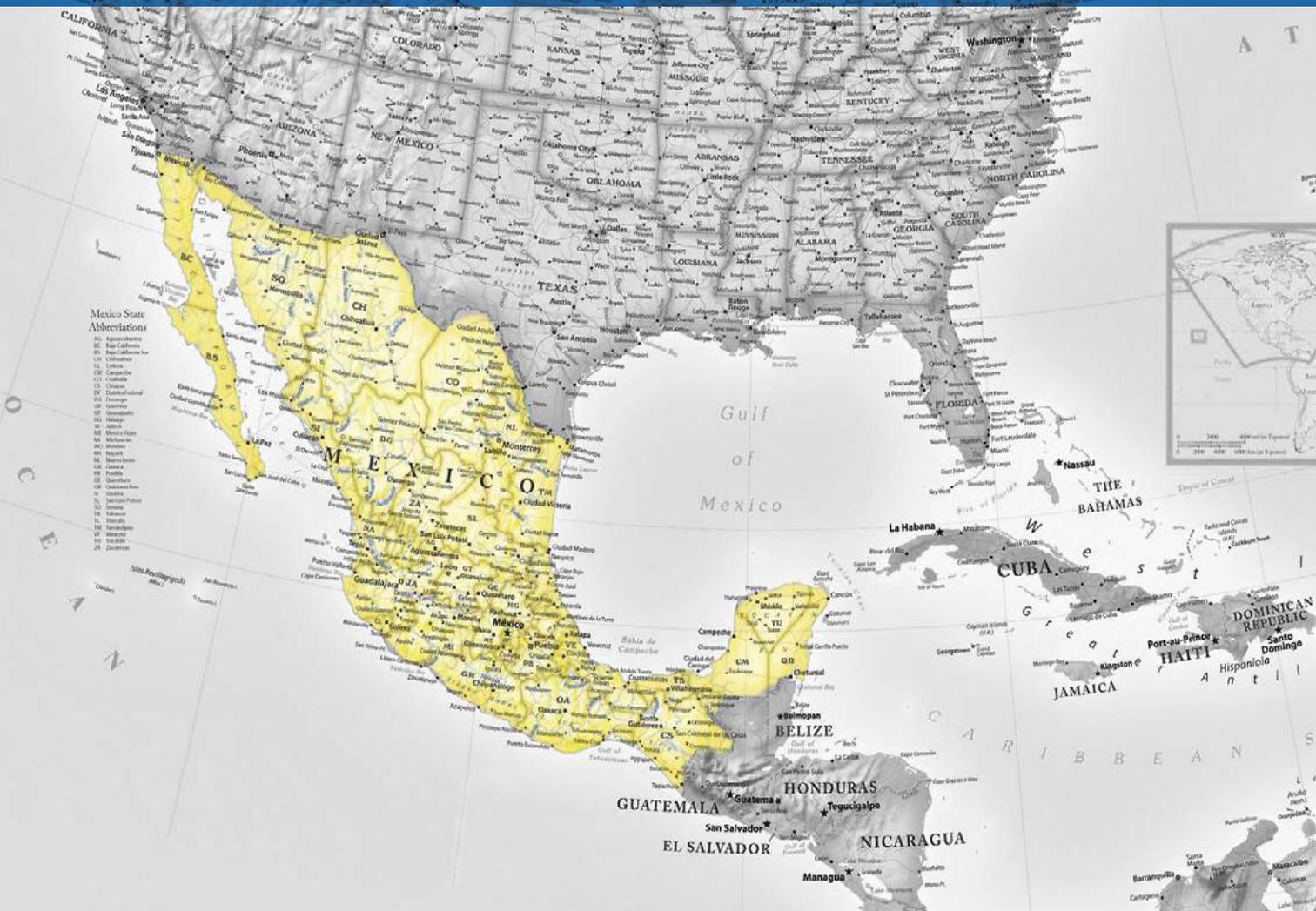
Y después dicen: ¿recomendaría usted a su cliente postular a los beneficios de la delación compensada? y aquí uno tiene que trabajar porque dicen: "casi siempre" el 21%, y "siempre" el 12%; entonces trataremos como un tercio, pero depende del caso concreto -eso es típico de abogados- depende del caso concreto y ahí tenemos un 63%, entonces este azul hay que disminuirlo y hay que convertirlo en verde, hay que plantar más pasto aquí, para asegurar tener más casos de delación compensada.

Y con esto termino, hay una noticia donde se le pregunto a la gente con una encuesta del 2016 que era lo más nefasto de las empresas y numero uno ellos dijeron que era la colusión. ¿Porque ellos pueden decir esto? El tema de la colusión ya está instalado en la gente. La gente ahora tiene conciencia de que la colusión es mala y ocurre. Esa conciencia se ha ido formando gracias a casos exitosos llevados por la autoridad de la libre competencia. El éxito de los casos depende en gran medida de la aceptación de la delación compensada como un mecanismo eficiente, eficaz y por qué no decirlo, justo, para desbaratar carteles, e inhibir su formación. Por lo anterior me atrevo a decir: ¡Larga vida a la delación compensada!

Muchas gracias.

Panel N° 1.

EXPERIENCIA DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA ALIANZA DEL PACIFICO SOBRE EL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN BENEFICIO DE LOS CIUDADANOS



EXPERIENCIA MEXICANA

FRANCISCO TELLEZ GARCÍA

Director General de Prácticas Monopólicas Absolutas de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) de México

Licenciado en Economía y Maestría en Economía y Políticas Públicas. Director General de Investigaciones de Prácticas Monopólicas Absolutas en la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y ex Director General Adjunto y de Análisis Económico de la Comisión Federal de Competencia de México (COFECO).



Muchas gracias, muy buenos días a todos, muchas gracias por la oportunidad de estar aquí con ustedes, gracias al Indecopi, a Ivo, al Banco Mundial.

La verdad es que compartir estas experiencias es -como bien decían- muy rico para nosotros los que estamos en el ámbito de la competencia, porque nos permite ver, como bien decía Felipe -que por cierto a mí también me ha convencido- de cómo hay esas similitudes entre regiones, entre países, y son experiencias que nos permiten ir avanzando.

Yo creo que uno de los aspectos que más ha influido en que México vaya avanzando tan rápido en temas de competencia, y en especial en el combate de carteles, está en esta interacción con las diferentes agencias de competencia que hay en el mundo.

Pues esa es una parte importante de poder seguir combatiendo estas prácticas anticompetitivas, que son tan dañinas.

En México hay una ley específica sobre la competencia económica, que es la ley de competencia económica y la Cofece, la Comisión Federal de Competencia Económica, es la encargada de hacer cumplir esa ley.

La principal misión que tiene la Cofece es proteger el proceso de competencia. ¿Por qué? porque precisamente todo el círculo virtuoso que genera la competencia, que al final impacta en un mayor bienestar para la sociedad y crecimiento económico, y es por eso que para la Cofece es importante protegerla, para que así el país vaya creciendo y vaya cada vez teniendo mucho más bienestar en su población.

Como bien decía el Director del Banco Mundial para la región, estas prácticas inclusive tienen un impacto distributivo muy importante

¿Por qué? porque en el caso de los carteles hay un sobreprecio importante a los productos que, si no hubiera este tipo de prácticas, sería de más del 30 o 40 %, como ya lo habían mencionado hace ratito.

Y eso ¿qué quiere decir? que hay mucho segmento de la población, sobre todo en países en donde hay un nivel de pobreza muy importante, que no pueden acceder a productos o a servicios precisamente por este sobreprecio que impacta los carteles.

Si nosotros nos quitáramos esos carteles, seguramente gran parte de la población podría acceder a esos bienes de primera necesidad.

En el caso de México, el caso de la tortilla es muy importante; y el caso, por ejemplo, del transporte; para gente que no pudieran acceder -por los salarios que tienen tan disminuidos- a este tipo de productos, que son muy pero muy importantes.

La ley federal de competencia en México considera que los carteles son las prácticas anticompetitivas más dañinas para el mercado. De hecho, en México se sanciona per se, es decir, se considera que no hay ningún beneficio que realmente justifique este tipo de prácticas y, por lo tanto, por el mero hecho de existir, son susceptibles de sanción.

Y, por lo tanto, son las únicas prácticas anticompetitivas en la ley de competencia económica que están sancionados penalmente; y por otro lado, son las que tienen mayor monto de multa por existir que es hasta el 10% de los ingresos anuales de las empresas que están cometiendo este tipo de prácticas.

Un aspecto que nosotros hemos ido viendo a lo largo de esta evolución en temas de investigación de carteles en México es como los carteles se han ido sofisticando; como bien decía Felipe, es muy complicado detectar un cartel.

Más ahora que está siendo mucho más conocido que este tipo de prácticas son prohibidas por la ley e inclusive las personas físicas pueden llegar a pisar prisión, entonces obviamente se cuidan más, hablaban de teléfonos desechables, por ejemplo; también, ahora cada vez utilizan más ese tipo de tecnologías que les permite a ellos esconder mucho mejor los carteles.

Y, en este sentido, es que el programa de inmunidad nos permite investigar, conocer de carteles, pero aun dentro de la investigación de carteles, nos permite poder probar que este tipo de prácticas sucedieron.

Porque ahorita tenemos muchos casos en donde inclusive empiezan a hablar en código, un código que para nosotros nos impediría que pudiéramos detectar en la práctica, porque no conocemos como se están refiriendo a fijación de precios o segmentación de mercado, y es gracias al programa de inmunidad que, aparte de detectarlos, poder probar este tipo de prácticas y poder llevar este caso a que se sancione y que se sostenga inclusive en otras instancias, dentro del Poder Judicial en México.

Entonces, definitivamente coincido que los programas de clemencia son las herramientas más importantes que se tienen hoy en día para poder probar estos casos de carteles.

La verdad que revisé cómo funciona el programa de clemencia aquí en Perú -y que tramita la Indecopi- y es muy similar al que tiene México, así que voy a entrar en particularidades de como es el programa en México.

Igual, allá se da el primer solicitante, pues tiene una reducción total de la multa; al segundo solicitante de este tipo de pruebas se le hace un descuento hasta el 50%; al tercer lugar hasta el 30% y posteriores solicitantes pueden tener una reducción de hasta el 20%.

Ahora, aquí lo importante y la diferencia es que allá si se les da una inmunidad para el tema penal al aplicar en el programa y eso genera un incentivo importante para que los agentes económicos apliquen.

Como les contaban, ¿qué beneficios genera el programa de inmunidad para nosotros como autoridad? porque efectivamente también hemos tenido este tipo de discusiones respecto si el programa de inmunidad se convierte en un programa de impunidad, que así se ha dicho dentro de la discusión.

Y la verdad es que esa percepción ha ido cambiando, sobre todo a medida que este programa ha tenido éxito.

¿Por qué? Porque nos permite identificar casos que no tendríamos en el radar y que son muy dañinos para la sociedad. Y, por otro lado, nos permite a nosotros, la autoridad, reducir los costos tanto en tiempo como en recursos, debido a que ya se obtiene la información necesaria para poder tramitar de una manera más ágil y eficiente estos tipos de casos.

En realidad, los costos de investigación se reducen dramáticamente. Por ejemplo, ahora tenemos un promedio de 300 días que dura nuestra investigación, cuando antes nos llevaba hasta 600 días como máximo, porque nuestra ley si nos limita el tiempo que dura nuestra investigación, entonces lo hemos reducido hasta la mitad el promedio.

Y por otro lado nos permite integrar mucho mejor los casos que llevamos, ya que nosotros somos una autoridad administrativa y después se pueden ir a la autoridad judicial.

La inmunidad lo que nos permite es que muchos de nuestros casos van tan fuertes y tan solidos que se han sostenido en esa instancia, y al final ya no es un tema de si cometió o no cometió la práctica, sino lo que pelean los agentes sancionados es que el monto de la multa es muy grande, entonces más bien el tema es: vamos a reducir el monto de multa.

Y esta fortaleza que tenemos en la integración de los casos, se puede dar gracias a este "Programa de Inmunidad y reducción de las sanciones" que tenemos en México.

Voy a contarles brevemente algunas estadísticas muy generales del Programa Inmunidad.

El Programa de Inmunidad se incluyó en la ley de la competencia en el año 2006. Y hasta diciembre del 2016 hemos tenido un total de 115 solicitudes. De esas 115 solicitudes, el 51% se referían a carteles internacionales y ahorita voy a explicar brevemente la evolución que hemos tenido en el Programa de Inmunidad y el resto: 49%, es respecto a carteles domésticos.

51% de las solicitudes promedio se refieren a casos que no teníamos en el radar, entonces llegan estos solicitantes y nos ayudan a nosotros a detectar el cartel. 65% de las solicitudes se refieren a la industria manufacturera, el 11% se refiere a servicios de salud, principalmente en compras públicas, tanto de medicamentos como servicios de salud o también medicinas.

Y son compras que realizan las instituciones de salud allá en México y pues nos hemos enfocado mucho a este tipo de casos. Otro 11% se refiere al sector transporte, 4.5% a servicios financieros y 3% se refiere a las solicitudes de inmunidad dentro del sector agrícola.

11% de las solicitudes durante este periodo nos han ido sirviendo para ir fortaleciendo las investigaciones que tenemos, 6% de las solicitudes que se han recibido han terminado en sanciones.

Ahora, este porcentaje va a ir creciendo porque hay todavía muchos casos que están en proceso de ser resueltos por el pleno de la Comisión que son los que deciden si hay práctica o no hay práctica. Muchas solicitudes están en casos de investigación y otras están en un procedimiento seguido en forma de juicio, ahí mismo dentro de la Comisión.

Nada más como dato, a partir de la reforma constitucional que tuvimos en México en el 2013, la Comisión de Federal de Competencia se divide en dos partes: el área investigadora y el área que lleva el procedimiento seguido en forma de juicio, donde los agentes económicos tienen la oportunidad de ir defendiendo y nosotros también somos parte de ese procedimiento.

Al final, el pleno es quien toma la decisión después de revisar los argumentos de las dos partes.

Como bien les mencionaba Felipe, los programas de inmunidad van evolucionando y nosotros podríamos dividir el Programa de Inmunidad en México en tres periodos: el primero es del 2006 al 2010, el cual fue echar a andar el programa, empezar a tener casos, empezar a hacerlo de conocimiento del público en general. En esa etapa el total de las solicitudes o casi el total de las solicitudes de inmunidad se referían a los carteles internacionales y en ese periodo 2006 al 2010 se recibieron un total de 15 solicitudes, que es el 13% del total de las solicitudes que hemos tenido durante todos estos años.

Ahora en ese periodo ¿qué paso? Durante el 2006 al 2011 nosotros no teníamos sanciones penales, las multas son un monto fijo que al final, cuando los cartelistas hacían su análisis costo-beneficio de aplicar o no aplicar al programa de inmunidad, para ellos veían una sanción por carteles como un costo relativamente bajo que tenían que pagar y pues no les motivaba aplicar por lo tanto eso impactaba en el funcionamiento del programa.

Y finalmente no podíamos hacer visitas en los domicilios de manera sorpresiva, entonces los agentes económicos estaban muy cómodos y no había los incentivos suficientes para que ellos acudieran al Programa de Inmunidad.

En el 2011 hay una reforma donde se incorpora a la ley federal de competencia una mayor sanción, y ahora ya no es un monto fijo el que tienen que pagar las empresas que son sancionadas, sino que es hasta un 10% de sus ingresos anuales.

Se introduce la sanción penal, y se nos da la facultad de realizar visitas sorpresivas a los domicilios de los que creemos están involucrados en un cartel.

Del 2011 al 2012 se tuvo un total de 46 solicitudes, es decir, un 40% del total y aquí pues fue muy importante el incremento de las acciones y de las facultades que a nosotros nos dieron para investigar, y si ustedes ven en la gráfica, en el 2012 se dispararon las solicitudes de inmunidad precisamente por esta razón.

Finalmente, en el 2013 y dado como estas reformas impactaron de manera importante las facultades que tenía la Cofece para investigar, se realizó otra reforma que nos dio todavía mayores facultades de investigación e hicieron más eficaces las sanciones. Por ejemplo, la prisión con la que se sancionan los carteles pasó de 3 a 5 años, que fue con la reforma del 2011, luego de 5 a 10 años, lo que hace real que se pueda sancionar penalmente estas prácticas actualmente.

Aparte, nos dieron muchas más facultades para que los agentes económicos los podamos investigar, y para que cooperaran con estas investigaciones, sobre todo durante la realización de las visitas de inspección que hacemos sorpresa para detectar los carteles.

Del 2013 al 2016 recibimos un total de 54 solicitudes, es decir 47% de las 115 que hemos recibido en total, y ahora, a diferencia de los dos periodos anteriores, más del 90% de las solicitudes se refiere a casos de carteles nacionales.

Antes eran mucho más la proporción de casos internacionales, ahora lo importante es que se han transformado las solicitudes a casos nacionales porque las empresas perciben ahora sí que tenemos una mayor probabilidad de que puedan ser detectadas y aparte por las sanciones que son altas, lo cual los desincentiva a ellos a estar cometiendo

estas prácticas, y si las cometieron pues aplican al Programa de Inmunidad. En nuestra experiencia y para ir concluyendo, ¿cuál sería nuestras conclusiones que hemos tenido durante la evolución del programa de inmunidad en México?

Primero, es muy importante tener claridad por la naturaleza de las sanciones, es decir, los agentes económicos tienen que tener claridad de cuanto les costaría a ellos ser encontrados culpables por cometer esta práctica y, por lo tanto, ese monto tiene que ser tal, que realmente les duela a los agentes económicos el tener que pagarlo.

Por otro lado, el que sea las personas que puedan estar en prisión por haber cometido estas prácticas, pues cambian mucho el incentivo de los directivos para decidir o no cometer infracción o este tipo de prácticas anticompetitivas.

Una segunda conclusión, que nosotros tenemos, es que realmente sea claro que las empresas van a poder ser detectadas. Es decir, al darnos mayores facultades como las visitas sorpresa -pues las empresas ya no van a poder negar que estuvieron involucradas en un cartel- porque en esas visitas nosotros podemos obtener información real de estas comunicaciones y coordinaciones entre los competidores y pues eso cambio las reglas de juego en las investigaciones para nosotros.

Y si a eso le sumamos que existe un Programa de Inmunidad, donde pueden ir a ser protegidos y a disminuir este tipo de sanciones; entonces pues se genera ese temor real entre ellos de que, si mi competidor va a ir a pedir inmunidad y yo estoy aquí esperando, a lo mejor me van a atrapar, entonces esa percepción que tienen los agentes de realmente ser detectados, sobre todo por este programa de inmunidad, que es muy importante.

La otra es que la autoridad tiene que ser muy transparente y muy consistentes, los agentes tienen que saber que están en un programa de inmunidad y el trato que hay, la colaboración que hay con ellos es muy diferente de si no hubieran aplicado el Programa de Inmunidad.

Y eso es importante porque a ellos también les incentiva saber que hay transparencia y consistencia en el papel de la autoridad.

La confidencialidad, sobre todo en los países como los nuestros, donde hay una cultura de no traicionar al compañero o amigo de cartel, eso hay que romperlo.

No hay esa cultura de cumplimiento de la ley y, entonces, el mantener la confidencialidad de la identidad, que los agentes perciban que no van a estar en una situación peor por ir a delatar a su competidor en este tipo de prácticas, es muy importante.

Y finalmente, es que hay que estar en constante promoción de los programas de inmunidad, porque eso impacta en la percepción que tienen los agentes económicos de que la autoridad les está vigilando y que es muy probable que el otro cartelista o cartelistas me delaten, porque van a tener conocimiento de los beneficios del programa de inmunidad.

Es decir, cada vez más los carteles se van sofisticando y en esa carrera las autoridades de competencia tenemos que hacer un gran trabajo por ponernos al día, y definitivamente el Programa de Inmunidad es una de las herramientas más eficaces, sino es que la más eficaz para poder detectar a este tipo de prácticas anticompetitivas, que tienen un impacto muy, pero muy negativo en el bienestar de la población.

Muchas gracias.

Panel N°1.

EXPERIENCIA DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA ALIANZA DEL PACIFICO SOBRE EL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN BENEFICIO DE LOS CIUDADANOS



EXPERIENCIA COLOMBIANA

JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de Colombia

Abogado especializado Derecho Económico. Magíster en Leyes. Actual Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (también entre 2007 y 2010). Se desempeñó como Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor desde junio de 2013 hasta agosto de 2015. Ejerce la docencia universitaria en temas de competencia y protección al consumidor.



Pues, antes que nada, muchas gracias; Jesús, por moderarnos en esta mañana, y por supuesto al Indecopi, a Ivo por la invitación, y al Banco Mundial por hacerla posible, a Tanja.

Este es un ejercicio del que estamos sacando un particular provecho los invitados y, en particular me refiero a Colombia, porque las oportunidades para compartir de primera mano con las demás autoridades nuestras experiencias en la aplicación del Programa de Clemencia o Programa de Beneficios por Colaboración, como lo denomina la ley colombiana, no son tantas. Es decir, cada uno está muy concentrado en el trabajo del día a día y, cuando levantamos la cabeza, solamente vemos a los libros o eventualmente una llamada, pero, esta oportunidad para compartir de primera mano, la aprecio enormemente.

Yo quisiera iniciar mi presentación un poco más delante de lo previsto, con esta frase. Es una frase que pronunció el Juez Moro del Brasil, responsable de la investigación de corrupción del Lava Jato o Car Wash, como se conoce. Es una frase que me pareció bastante provocadora para empezar a hablar del tema porque, de alguna manera, y esa no es mi intención, pone a todos los contradictores y a todos los opositores de los programas de clemencia del lado de los infractores.

Por supuesto que seguramente quien contradice honestamente o quien controvierte honestamente la operación de un programa de clemencia no está del lado de los infractores. Pero, sin quererlo, como dice allí, puede llegar a estarlo. Dice el Juez Moro: "Quien en general critica la colaboración negociada está a favor, aparentemente, del código de silencio de las organizaciones criminales, lo que es reprochable."

Yes que estas estructuras de los carteles empresariales, criminales o no, dependiendo del régimen legal que haya decidido o no penalizarlas, tienen una lógica muy elemental que está fundada en el código del silencio. Y, básicamente, lo que hace el programa de clemencia es incorporar un ingrediente disruptor de ese código del silencio. Hacer que ese código del silencio o que la garantía de ese código del silencio no exista más, porque, cada vez que un cartelista se siente con su cocartelista a decidir sobre el precio de un bien o un servicio, va a tener ese fantasma que le dirá: ¿cuándo será que este señor se va a decidir a ir ante la autoridad a denunciar nuestra conducta? Y el solo hecho de la existencia del programa de clemencia genera un efecto muy particular en esas dinámicas.

Y es que los remedios pueden llegar en forma anticipada. Es decir, los remedios sobre la existencia de un cartel pueden ocurrir no necesariamente por cuenta de la actuación de la autoridad que decide iniciar una investigación, agotarla y sancionarla, sino que el remedio puede incluso ocurrir antes, cuando ese cartelista sentado en la mesa dice: "Yo a esto no me expongo más. Yo, sencillamente, a esta posibilidad de resultar denunciado por mi cocartelista no me expongo más".

Y ese es el remedio. El remedio no son las sanciones. Paso a una reflexión siguiente: ¿para qué estamos las autoridades? definitivamente -y es la conclusión que desde la Superintendencia tenemos- nosotros por supuesto estamos para imponer sanciones, encontrar infractores, agotar investigaciones, declarar responsables, pero, sobre todo, estamos para liberar a los mercados de las distorsiones, y si las distorsiones se evitan por cuenta de la existencia sola de la institución de clemencia, pues algo habremos avanzado en el régimen.

Esto para decir que la sola existencia de un programa de clemencia por beneficios es ya un avance en la aplicación del régimen de libre competencia. Y esto lo corrobora de

alguna manera una experiencia nuestra muy reciente.

Los casos que hemos decidido por cuenta de los programas de colaboración casi siempre llegan cuando o luego de que hemos adelantado algunas visitas administrativas y hemos recogido alguna información. Por supuesto, eso es un excelente incentivo para que las empresas vengan a delatar. Pero, muy recientemente, nos llegó un caso asociado con el mercado de tuberías para el alcantarillado, donde la Superintendencia nunca tuvo "puesto el ojo", no conocía la existencia del mercado. Un día cualquiera, llegó uno de esos agentes de mercado a denunciar, a confesar su participación en el cartel. Como les digo, desde nuestra perspectiva, eso corrobora que la sola existencia de la figura, de la institución, genera ya una desestabilización fuerte de esas estructuras criminales.

Ahora, por supuesto que la clemencia es muy importante. Adhiero a todas las manifestaciones en el sentido de que es una herramienta extraordinaria para la investigación, pero, por supuesto, es una institución que hace necesarios unos complementos lógicos.

Esta es una cita de un documento de la OCDE que dice que cuando una persona, una empresa, se entera de que los directivos de una empresa han sido condenados a penas de prisión y de que una empresa ha sido sancionada con una multa de 500 millones de dólares, su inclinación a presentarse ante la autoridad crece considerablemente.

Aquí se trata de generar los incentivos adecuados para que el programa funcione. No habrá programa de beneficios por colaboración que funcione de la manera óptima, como lo requiere una autoridad, si las sanciones no son suficientemente disuasorias de una conducta. Y esto es una reflexión que nosotros en Colombia estamos tratando de hacerla pública y muy amplia, porque en Colombia hace mucho tiempo que estamos, en lo que tiene que ver con los topes de las sanciones económicas, con unos topes nominales.

¿Eso qué quiere decir? que las sanciones solamente pueden ir hasta los 100 mil salarios mínimos legales mensuales vigentes para las empresas, que en plata de hoy puede ser un poco más de 20 millones de dólares. Por supuesto, eso es mucho dinero para muchas empresas, pero yo me pregunto si algunas empresas en realidad pueden sentirse persuadidas de utilizar una figura, como la del programa de beneficios de colaboración, cuando la sanción máxima posible representa una porción ínfima de sus ingresos operacionales.

En Colombia, hemos sancionado carteles de bancos, advierto que no estoy sugiriendo nada con este comentario, pero la pregunta es ¿habría algún banco que tenga algún incentivo de ir ante la autoridad cuando el tope máximo de la sanción posible es una porción ínfima de sus ingresos operacionales? No. Y convencidos de que no es así, entonces, hay que decir que la clemencia es una institución dependiente de otras, como, por ejemplo, unas sanciones adecuadas y suficientemente disuasorias.

Tengo el gran desafío de no repetirme mucho con mis compañeros de panel, pero, básicamente, quiero insistir en la enorme lesión que los carteles producen en las economías.

En el caso colombiano, un tema del que hemos hablado con Felipe que a él no le gusta mucho y a mí en cambio me encanta, es cómo las autoridades de competencia tienen un rol muy importante en la lucha contra la corrupción.

Cuando circunscribimos ese debate al tema de corrupción en licitaciones públicas y todo este escándalo de Odebrecht, nosotros hemos experimentado que las autoridades de competencia tienen un rol que jugar allí. Hoy es el momento en que estamos negociando en el marco del programa de beneficios por colaboración algunas eventuales sanciones a algunas empresas involucradas en el caso. Ese rol me parece particularmente importante porque en el caso colombiano algunas estimaciones de autoridades dicen que la corrupción puede llegar a un 4% del producto interno bruto colombiano; esas son cifras de aproximadamente 50 billones de pesos al año. Y yo creo que las autoridades de competencia bien pueden contribuir a esa lucha y el que tengan un programa de beneficios, seguramente, les hará mucho más fácil esa contribución. Como les digo, aquí se trata un poco de contarles nuestras experiencias, hasta donde se puede, pero hoy estamos negociando el beneficio por colaboración en esos temas.

Ahora, y esto es una reflexión también que nos hacemos frecuentemente en la Superintendencia. Insisto, esto es muy importante, el programa de clemencia es importante, el programa es determinante, pero no es la única herramienta, y las autoridades de competencia no pueden renunciar al ejercicio de sus otras herramientas de investigación.

Las hay reactivas, como, por ejemplo, el programa de clemencia; la información que llega; las quejas de los competidores son una fuente frecuente, son los agentes del mercado que no participan en esas conductas infractoras y eventualmente, por cuenta de ellas, están padeciendo las distorsiones que ellas producen.

Pero nosotros no podemos abandonar la tarea de hacer los estudios económicos y hacer monitoreo de algunas industrias con indicadores básicos, algunos públicos y otros no, y cuando no lo sean, ejercer la posibilidad que tenemos de recaudar información por la vía de la autoridad. Además de la cooperación que en este caso hemos tenido con las demás agencias de la región.

Hablaban hace un momento en relación con el tema de la complejidad de los carteles. Eso es sin duda una de las razones que hace necesario o hace importante que la figura de la clemencia exista. Las conductas se van sofisticando de una manera increíble.

A pesar de que la libre competencia es un derecho, una garantía colombiana importantísima de rango constitucional, al nivel de los derechos colectivos de la salubridad pública, la moralidad administrativa, etc., difícilmente una persona, a la que se le pregunta en la calle qué significa la libre competencia, le podrá contestar intuitivamente eso qué le representa en su patrimonio como bien jurídico y eso qué deber le impone en su conducta empresarial. Pero una vez esa persona o empresario supera esa ignorancia, si se quiere, la posibilidad de hacer todo para ocultar su conducta infractora es muy alta. Y ese contraste yo lo traigo aquí, con dos ejemplos:

Este es un texto de un documento llevado a una notaría, que tiene fe pública, de un cartel en un sector de la economía, que incluso nos llamó mucho la atención porque justo después de que decidimos en ese caso, en Inglaterra se falló un caso muy similar: las agencias de casting de modelaje para publicidad. La Superintendencia vio con gran asombro que el acuerdo había sido llevado ante un notario público, para asegurar que las cláusulas del "contrato" fueran cumplidas por cada uno de los cocartelistas.

Este es el caso de las personas que, contraintuitivamente, entienden que lo que están

haciendo es el ejercicio de su deber de solidaridad ciudadana, quizás, o empresarial. Pero una vez las personas superan esa ignorancia en relación con los alcances del derecho a la libre competencia económica, pues encontramos el contraste.

Este es un correo que figuró en una de las investigaciones del papel higiénico donde se usó el programa de clemencia. "Feos", "Kiosko" y "Pitufos" son la denominación que recibía cada una de las empresas. El correo tiene por remitente una cuenta de correo fachada y por destinatarios también unas cuentas de correo fachada.

Quizás a este correo hubiera podido acceder la autoridad en el ejercicio de sus funciones ordinarias cuando hace una visita administrativa, y a veces estos documentos aparecen, por muchos cuidados que se tengan para ocultarlos. Pero la pregunta es: ¿sin el programa de clemencia, sin el programa de beneficios por colaboración, será acaso posible para la autoridad llegar a interpretar este documento y entender que esta es una prueba clave de la existencia de un cartel? ¿Cómo hacía la Superintendencia de Industria y Comercio para saber que el equipo "Kiosko" era Kimberly y que los "Feos" y los "Pitufos" eran los nombres de una empresa del eje cafetero colombiano y de otra muy representativa en Colombia (Cartones y Papeles de Risaralda y Familia)? ¿Cómo podía acaso la Superintendencia llegar a deducir esta información?, ¿a poder interpretar esta prueba?

Eso se hace posible porque hay un señor que participa de esta conducta y que ingresa al programa de clemencia. Había otros correos, por ejemplo, que ya no hablaban de papel higiénico sino de ¡balones! Es decir, más pérdida no hubiera podido estar la autoridad a la hora de interpretar una información como esta. O sea, esto es posible gracias al programa. Sin el programa no hay manera de interpretar esto. Es más, usted puede llegar a superar la barrera de acceder a esta información, pero no se podrá superar la barrera de interpretar y dar valor a esa evidencia en forma adecuada.

El tiempo es muy breve y antes de agotarlos a ustedes con muchos detalles en relación con el Programa de Beneficios por Colaboración, quiero darles esta información básica de su funcionamiento en Colombia.

En Colombia, la posibilidad de que el primer delator se haga a una exoneración total de la multa está prevista en la ley. Tenemos un rango entre el 30 y el 50% para la segunda persona que pudiera llegar a dar información de utilidad al expediente y hasta un 25% para el tercero y todos aquellos que en forma subsiguiente lleguen al programa.

La Superintendencia ha dejado de admitir en muy pocas oportunidades candidatos al programa de beneficios por colaboración. Como les explicaba Felipe hace un momento, la política ha sido que todo aquél que llegue, por el solo hecho de llegar y confesar su participación, está dando valor agregado y está facilitando las cosas para la autoridad, disminuyendo la litigiosidad de ese caso en futuras instancias, como las instancias judiciales, que son las que revisan las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Tenemos previsto en la norma colombiana lo que se conoce como la "delación plus", que es la posibilidad de que uno de los candidatos, o de los aplicantes que no ocupe la primera posición, delate un cartel diferente y que, por ello, tenga además un descuento que pudiera ser el 15% en el proceso original. Eso está previsto en la norma colombiana.

Y todo un régimen más o menos detallado relacionado con las circunstancias que pueden hacer que un delator pierda sus beneficios en Colombia. Esto ya nos ocurrió una vez.

Un aplicante vino a la autoridad y en un primer momento logró la suscripción de un acuerdo en el que la autoridad se comprometía al otorgamiento del beneficio, pero, durante la investigación en el trámite administrativo, la colaboración ofrecida inicialmente resulto bastante lesionada. Dicho de una manera concreta, estas personas vinieron y para suscribir el acuerdo de beneficios por colaboración entregó información y confesaron haber participado en el cartel. Sin embargo, cuando el procedimiento se inició formalmente con la imputación de cargos y se realizaron los interrogatorios de rigor, el representante legal que vino en nombre de la compañía delatora lo olvidó todo.

Esto es un problema porque solamente este tipo de pruebas formales sirven para poder cumplir con la investigación, porque, de hecho, el expediente de leniency es reservado. Es decir, solo aquello que en la instancia formal se convierte en una evidencia controvertida, como puede ser la declaración del declarante, es lo que se usa como prueba. Yo no puedo usar como prueba lo que está en el expediente de leniency. Así, si hay un contraste en la conducta de ese señor en el momento inicial de firmar el acuerdo y en la declaración formal, pues ese señor estará en serios aprietos, tan serios como la posibilidad de perder los beneficios por colaboración.

El tiempo se me agotó y para concluir quiero poner de presente un desafío que tenemos, diría yo, con el tema de la aplicación del programa de beneficios por colaboración y el tema del bid rigging. ¿Por qué? Porque en el caso colombiano la colusión en licitaciones públicas es, además, un delito y, en consecuencia, que sea un delito juega en doble vía para el programa de clemencia.

Juega en la vía de un desincentivo para delatar dentro del procedimiento administrativo, porque todo aquello que yo diga en el procedimiento administrativo genera para mí o desencadena para mí la contingencia de un proceso penal contra los ejecutivos de la empresa.

Y muchos no creen, pero también juega en la vía del incentivo -y es un poco la ironía que en mi personal punto de vista se provocaría allí- el hecho de que existan contingencias adicionales para el infractor (contingencias civiles, penales, reputacionales, etc.) puede llegar a jugar en favor de la posibilidad de que esa persona se acerque a la autoridad a delatar y recibir los beneficios, más cuando, como en el caso colombiano, la Fiscalía, que es la autoridad judicial responsable de conducir el proceso penal de acuerdo con la ley, está en la obligación de considerar la conducta de ese señor en el procedimiento administrativo. Es decir, si ese señor que delata se ha portado bien ante la autoridad administrativa, ese señor en el proceso penal tendrá la posibilidad de obtener algunos beneficios en el proceso penal.

Esto es más o menos lo que les puedo compartir en este espacio de tiempo y nuevamente muchas gracias por su atención y por la invitación.

Panel N° 1.

EXPERIENCIA DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA
ALIANZA DEL PACIFICO SOBRE EL *PROGRAMA DE CLEMENCIA*
EN BENEFICIO DE LOS CIUDADANOS

RESUMEN DEL MODERADOR



JESUS ESPINOZA LOZADA

*Secretario Técnico de la Comisión de Defensa de
la Libre Competencia del Indecopi*

Muchas gracias, para cerrar este panel quiero compartir unas ideas breves:

Felipe ha destacado la importancia del programa de clemencia y que es una institución difícil de entender para nuestra cultura jurídica. Además, ha dicho algo que es muy relevante, que es un error analizar el éxito de un programa de eficacia, en base a un caso concreto.

Las instituciones solo pueden ser analizadas con rigurosidad con el paso del tiempo, en retrospectiva, y a partir de ello repensar los desafíos, los retos, qué cosas hay que ajustar. Un caso concreto ¿es suficiente para querer hacer reformas sobre el programa? ¿Cómo puedo saber si algo funciona si no le doy la posibilidad de probarlo? Felipe nos deja en ese sentido una importante reflexión sobre el programa de clemencia.

México, a través de Francisco, también ha sido muy claro en que el programa de inmunidad no es sinónimo de impunidad. Ha resaltado que el programa de clemencia no florece o surge solo, requiere generar una serie de condiciones para que el programa funcione. Se desprende de lo señalado que México tenía una hoja de ruta, sabían a dónde apuntaban, y que requerían generarse determinadas condiciones para que el programa funcione.

En ese orden de ideas, resaltó las mayores facultades que debe tener la agencia de competencia para poder investigar casos de colusión. Por ejemplo, aludió a las sanciones penales y una serie de reformas que se hicieron en México para fortalecer a la agencia y con ello al programa de clemencia.

Queda claro que no basta con declarar en la norma que existe un programa de clemencia, para que el programa sea realmente efectivo.

Dividió la historia del programa de clemencia en dos etapas o tramos. Uno, primero, en donde únicamente llegaban solicitudes de empresas transnacionales; y un segundo tramo, donde comenzaron a llegar solicitudes de empresas locales, menos acostumbradas a la delación y cooperación con la autoridad y por ende con mayor resistencia a mecanismos de este tipo.

Y en el caso de Jorge, que representa a Colombia, país que ha demostrado en los últimos años estar especialmente activo en la persecución de los carteles, ha sido muy enfático en que el programa de clemencia introduce un elemento disruptor para los carteles, que es el riesgo de traición; constituyéndose en una herramienta potente para disuadir la formación de carteles.

También ha destacado algo que no debe perderse de vista ¿cuál el principal propósito de una agencia de competencia? Y su respuesta ha sido liberar a la economía de prácticas anticompetitivas, antes incluso que sancionarlas. Solo si se tiene claro ese objetivo puede entenderse la racionalidad de los programas de clemencia como mecanismos para desarticular carteles.

Finalmente, quiero agradecer a Felipe, Francisco, Jorge y, especialmente, al Banco Mundial por la organización de este evento y, con ello, damos por cerrado este panel.

Muchas gracias.

Panel N° 2.

Panel N° 2.

ESTRATEGIAS EFECTIVAS PARA DESARTICULAR CÁRTELES
EN BENEFICIO DE LOS CIUDADANOS

EXPERIENCIA OECD

SEAN ENNIS

Economista Senior de la División de Competencia de la OECD

Ex Director Ejecutivo de la Comisión de Competencia de Mauricio de 2011 a 2013. Dirige la labor de análisis regulatorio en materia de competencia en OECD y está encargado de realizar análisis económico para las políticas de competencia, incluyendo el impacto en los consumidores, cárteles, sectores regulados y digitales, multas y daños.



Thank you very much. It is a great pleasure for me to be here and join you today for this very timely conference on business cartels and leniency for business cartels. Thank you to Indecopi and the World Bank for organizing this event.

Today, I would like to provide a cross-country perspective and OECD perspective on leniency and immunity programs.

Leniency and immunity, as a part of business cartels, are a topic that is not only of great interest to Peruvian policy makers, but also to policy makers for business around the world. There is an international consensus that the possibility to create immunity for members of the business cartels is a fundamental tool in the fight against business cartels. All modern competition law administrations foresee that immunity can be granted to cartels in some circumstances. Most of these administrations routinely grant immunity to cartels.

Based on the OECD experience, I will provide some information regarding the underlying characteristics of leniency policies, their widespread adoption across the world – including Latin America – and their crucial importance in the fight against business cartels (which I am going to subsequently refer to simply as cartels).

To start, it is worth noting that competition authorities place a high importance on fighting cartels. Using the words of the 1998 OECD Council recommendation concerning effective action against hard-core cartels, hard-core cartels are unanimously recognized as the most "egregious" violation of competition law.

By artificially raising prices above the level that would prevail under competitive conditions, hard-core cartels force purchasers to pay higher prices than necessary, or prevent them to see other options. Accordingly, competition authorities around the world have made the fight against cartels their enforcement priority, imposing ever more stringent sanctions on conspiring companies and, in some jurisdictions, on individuals as well.

Modern cartels are absolutely aware of their illegality and, in some jurisdictions, criminal nature. They operate in secrecy and often engage in elaborate efforts to conceal their existence from the authorities, doing such things as employing coded language as we heard, encrypting communications, using anonymous e-mail accounts and other ways of maintaining secrecy.

Due to these efforts, detecting the existence of a cartel

Muchas gracias. Es un gran placer para mí estar aquí y reunirme con ustedes hoy para esta conferencia acerca de los carteles empresariales y la clemencia en dichos casos. Gracias al Indecopi y al Banco Mundial por organizar este evento.

Hoy quisiera presentar una perspectiva transversal de los países, así como la perspectiva desde la OCDE acerca de los programas de clemencia y de inmunidad.

La clemencia y la inmunidad, como parte del problema de carteles empresariales es un tema no sólo de interés para quienes establecen las políticas públicas en el Perú, sino en todo el mundo. Existe un consenso internacional acerca de que la inmunidad para los miembros de los carteles empresariales es una herramienta fundamental en la lucha contra este tipo de carteles. Quienes forman parte de las modernas entidades gubernamentales de competencia coinciden en que se puede otorgar algún tipo de inmunidad a los carteles bajo ciertas circunstancias. La mayoría de dichas entidades otorgan inmunidad regularmente a los carteles.

Desde la experiencia de la OCDE compartiré con ustedes información concerniente a los entretelones y características de las políticas de clemencia, su adopción a nivel mundial – incluyendo América Latina – y su importancia crucial en la lucha contra los carteles empresariales (a los que en lo sucesivo me referiré simplemente como carteles).

Para empezar, no vale mucho la pena que las autoridades de competencia le den tanta importancia a la lucha contra los carteles. Empleando las palabras de la Recomendación del Consejo de la OCDE de 1998 sobre las acciones efectivas contra los carteles de núcleo duro, estos son reconocidos como la violación más 'egregia' de la legislación en materia de competencia. Mediante el alza artificial de precios sobre el nivel en que estarían en condiciones normales de competencia, los carteles de núcleo duro fuerzan a los usuarios a pagar precios más elevados que lo necesario o bloquean otras opciones. Por ello, las autoridades de competencia en todo el mundo priorizan la lucha contra los carteles, imponiendo sanciones cada vez más rigurosas las empresas perpetradoras y, en algunas jurisdicciones también a las personas naturales.

Los actuales carteles están totalmente al tanto de que son ilegales y, dependiendo del país, de que son delictuosos. Funcionan en el secreto y a menudo hacen grandes esfuerzos por ocultar su existencia a las autoridades, empleando por ejemplo lenguaje en código (como ya se mencionó), encriptando sus comunicaciones, usando

is very difficult for competition agencies when they rely on traditional investigative methods. As has been said, the traditional methods are still a crucial tool in the discovery of cartels. But the need for other ways of discovering cartels is paramount.

Leniency programs develop the information sources within the cartel itself, actually creating inherent instability on the illegal conspiracy, and that is a great value. Internationally, OECD and non-OECD jurisdictions today have developed programs that offer leniency, by offering immunity to the first conspirator who fully cooperates with the competition agency, and then a lenient treatment to subsequent applicants.

Leniency programs induce cartel members to come forward and disclose the existence of the cartel and provide evidence of their involvement in the conspiracy.

According to the International Competition Network, the overall objective of a leniency program is to improve the level of compliance with anti-trust and competition laws through the increased detection of cartels. The increase in the prevention of cartels and ensuing increase in competition ultimately leads to lower prices, better services, and more innovative and efficient companies, which benefits consumers. This outcome is consistent with competition agencies' objectives.

Due to these reasons, it is considered well within the bounds of the public interest to entirely or partially forego the punishment of someone who violated the law by participating in the cartel even if, considered in isolation, such leniency may be contrary to some traditional knowledge of justice.

What are the main characteristics of the leniency programs? Leniency policies vary across jurisdictions, but there are some basic features common to all jurisdictions. I would just like to list them systematically (we have heard about them from some of the other speakers).

The fundamental principle of leniency is that the cartel member who first discloses the existence of the illegal cartel to the authorities is rewarded with full immunity from any criminal sanctions. The first 'in'-applicant is generally required to supply sufficient evidence pointing the existence of the cartel and its members in addition to information on the logistical nature, so it can enable the agency to effectively target its investigation.

Now, I want to say first yet, it is something interesting: first 'in' can mean 'you come in one minute before

cuentas anónimas de correo electrónico y otros medios para mantenerse en el secreto.

Debido a estos esfuerzos, la detección de un cartel resulta bastante difícil para las autoridades de competencia si sólo confían en medios tradicionales de investigación. Como y se ha dicho, los métodos tradicionales son aún una herramienta crucial en el descubrimiento de carteles. Pero es indispensable el empleo de otros medios para descubrirlos.

Los programas de clemencia horadan las fuentes de información dentro del cartel creando una inestabilidad inherente al interior de la conspiración ilegal, lo cual le da gran valor.

En el campo internacional, los países de la OCDE y los que no lo son, han desarrollado programas que ofrecen clemencia, otorgando inmunidad al primer conspirador que colabore totalmente con la autoridad y después, clemencia para los colaboradores siguientes. Los programas de clemencia inducen a los miembros del cartel a revelar la existencia del mismo y proporcionar evidencias de su participación en la conspiración.

De acuerdo con la Red Internacional de Competencia, el objetivo general de un programa de clemencia es mejorar el nivel de cumplimiento de la legislación anti-monopolio mediante un aumento en la detección de carteles. Un incremento en el grado de la competencia genera una prevención de carteles y, en última instancia, precios más bajos, mejores servicios y empresas más innovadoras y eficientes – todo lo cual beneficia a los consumidores. Estos resultados son consistentes con los objetivos de las autoridades de competencia.

Por dichas razones, es de interés público no dejar sin castigo a quien haya violado la ley con su participación en el cartel. Incluso si el caso se considera de manera aislada y si dicha clemencia resulta contraria a la justicia tradicional.

¿Cuáles son las principales características de un programa de clemencia? Las políticas de clemencia varían según las jurisdicciones, pero tienen en común algunos rasgos básicos. Haré una enumeración sistemática de estas (algunas de las cuales ya hemos escuchado hoy):

El principio fundamental de la clemencia es que el primer miembro del cartel que revele su existencia a las autoridades será recompensado con total inmunidad frente a cualquier pena. Por lo general, se exige al primer solicitante suministrar evidencias suficientes que apunten a la existencia del cartel y sus miembros, además

somebody else'. And that minute can provide enormous benefits to the company that is first 'in'. And you have actually, at least, one case I know, when it really was a one-minute difference in the timing for the request of leniency, and there was a substantial subsequent difference in the benefits each of those two companies request, because the first 'in' got the most benefits.

Some systems take into consideration also cooperation from other cartels – what we call 'subsequent applicants'- and there are generally no restrictions on who is entitled to apply for leniency, except for the instigator. This point is that if one company coerces others to participate, that eliminates your possibility of receiving leniency.

The leniency programs generally impose three types of requirements: refrain from furtherance of the cartel, maintain secrecy to the fact of the immunity application, and to cooperate fully with the enforcement authorities throughout the proceedings.

If fines are small in proportion to the profits, the value seeking out leniency is very limited, so significant fines are actually part of an effective leniency system, in the sense that an "economic-system" of rules that are necessary in order for leniency to work. But that's not to suggest that high fines are a goal in themselves, but rather that if fines are very low, there is no incentive to seek out leniency.

Another key factor for the effectiveness of leniency is that cartels be discovered independently.

The Mexican figures for the number of leniency applications over time show a substantial change in the cases sought in 2013 and in 2014.

Now, it is just so happens that during those years there was a key competition law being implemented and a new authority being created and set up its guidelines and all of that took some time.

And once those changes had occurred, the number of leniency applications again moved up, I would say. One reason for the drop might have been a perceived limited likelihood of being discovered and prosecuted during the term of the new law passage.

Now, what is the impact of the leniency program? I think it is absolutely crucial: the impact is really very substantial in uncovering conspiracies that will otherwise go undetected.

de naturaleza logística – de manera que la administración esté en capacidad de orientar su investigación con efectividad.

Ahora, me gustaría decir, sin embargo, en primer lugar, algo interesante: basta con que alguien se apersona un minuto antes que otro para que los beneficios obtenidos por el primero sean mayores. Y al menos en un caso que conozco, realmente hubo un minuto de diferencia en la solicitud de clemencia, lo que produjo posteriormente una diferencia sustancial en los beneficios que cada empresa obtuvo- pues la primera en presentarse obtuvo más.

En algunos sistemas también se toma en cuenta la colaboración de otros carteles (los denominados solicitantes subsiguientes). En general, no hay restricciones para estar habilitado para presentar una solicitud de clemencia, excepto para el instigado. Esto es cuando una empresa ejerce coerción sobre otros para que participen. Esto último elimina la posibilidad de recibir clemencia. Por lo general, los programas de clemencia exigen tres tipos de requisitos: detener su participación en el cartel, mantener en secreto la aplicación de la inmunidad y colaborar totalmente con las autoridades a lo largo de los procedimientos.

Si las multas son pequeñas en proporción con las ganancias, los montos involucrados en la clemencia son muy limitados. Por ello, las multas significativas son parte integrante de un sistema de clemencia efectivo, en el sentido que se necesita un "sistema económico" de reglas para que la clemencia funcione. Sin embargo, esto no quiere decir que las multas grandes sean una meta en sí mismos, pero si son muy pequeñas, no hay incentivos para buscar una clemencia.

Otro factor clave en la efectividad de la clemencia es que los carteles puedan ser descubiertos de manera independiente.

Las cifras de México sobre el número de solicitudes de clemencia en el tiempo, muestran cambios sustanciales en los años 2013 y 2014.

Precisamente en dicho período se estuvo elaborando una ley de competencia clave y creando una nueva autoridad de competencia que fue implementando sus lineamientos y todo ello tomó cierto tiempo.

Y una vez implementados dichos cambios el número de solicitudes de clemencia volvió a subir. Una de las razones de la caída pudo haber sido la baja probabilidad de que los carteles fueran descubiertos y denunciados durante el

So, when we talk about giving a firm immunity, we are probably also talking about making sure that the cartel that would most likely not have been discovered is discovered.

Leniency programs have significantly increased the number of detected cartels in many jurisdictions and facilitated the successful prosecution of cartel cases by providing competition agencies with hard evidence.

There is an OECD round-table discussion on the use of markers in the leniency programs - these are the notifications that are given to a company that has a position in a leniency program as a requestor. In the United States companies have been fined more than 4 billion USD for anti-trust crimes since 1996, with over 90% of this total related to investigations opened thanks to the US amnesty program.

Until the end of 2012, the European Commission received 166 applications for immunity under the 2006 leniency notice. Cases based on leniency applications represent the vast majority of EC cartel cases. For example: 46 out of 52 cartel decisions from 2002 to 2008 were triggered by a leniency application.

Since the year 2005 until the end of 2010, 82 out of 112 cartel investigations were started as a result of leniency applications. In short, leniency applications have become the primary tool for commencing cartel investigations in two of the jurisdictions that have among the most prominent cartel enforcement.

What has happened more broadly? The practice of offering leniency in exchange for evidence on the existence of the cartel - which started with the 1978 corporate leniency policy of the US - has really changed over time. In the following years, jurisdictions from at least nine Latin American and Caribbean countries, for example, have introduced leniency policies, some of them following specific recommendations of the OECD.

Countries with a leniency program in Latin America include Brazil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Mexico, Panama, Peru and Uruguay. Latin American countries tend to provide full immunity to the first applicant and up to 50% reduction to the second - provided the second supports the whole investigation.

Countries that have leniency programs follow the international best practices on the current status. It is important to say it.

The benefits of leniency and immunity programs for

período de preparación de la nueva ley.

Ahora bien, ¿cuál es el impacto de los programas de clemencia? Creo que absolutamente crucial: su impacto es verdaderamente sustancial en el descubrimiento de las conspiraciones que de otro modo no hubieran sido detectadas.

Cuando hablamos de otorgar inmunidad en firme, probablemente estamos hablando también de asegurarse de descubrir al cartel que aún no había sido descubierto.

Los programas de clemencia han aumentado significativamente el número de carteles detectados en muchas jurisdicciones y han facilitado la denuncia exitosa de casos de carteles suministrando evidencias contundentes a las autoridades de competencia.

Hubo una mesa redonda en la OCDE acerca del uso de marcadores en los programas de clemencia (básicamente los puntos de la notificación que se hace llegar a la empresa en un programa de clemencia como solicitante).

En los Estados Unidos se ha multado empresas por más de 4 mil millones de dólares por delitos anti-monopolio desde 1996, y más del 90% de dicho monto está relacionado con investigaciones iniciadas gracias al programa de amnistía del país.

Hasta finales de 2012, la Comisión Europea recibió 166 solicitudes de inmunidad bajo la norma de clemencia de 2006. Los casos basados en las solicitudes de clemencia representan la gran mayoría de los casos de carteles de la Comisión. Por ejemplo: 46 de 52 decisiones sobre carteles entre 2002 y 2008 se originaron en solicitudes de clemencia.

Entre 2005 y finales de 2010, 82 de 112 investigaciones de carteles se iniciaron como resultado de la aplicación de la clemencia. En resumen, las solicitudes de clemencia se han convertido en la herramienta principal para dar inicio a investigaciones de carteles en dos de las jurisdicciones con mayor capacidad de cumplimiento de normas sobre carteles.

¿Qué ha venido ocurriendo en otras partes? La práctica de ofrecer clemencia a cambio de resultados sobre la existencia de un cartel - que empezó con la ley de políticas de clemencia empresarial de Estados Unidos en 1978 - ha ido cambiando a lo largo del tiempo. En los años siguientes, varios países del continente americano - incluyendo el Caribe - han introducido

fighting cartels have been widely demonstrated in the region.

Brazil, for example, has had two large cartel investigations since in 2014 against two large international financial institutions and technology and infrastructure companies as a result of leniency applications.

In Chile, there have been at least five leniency applications that have led to significant cases. Colombia has started a number of cartel investigations following leniency applications.

Mexico's competition authority has received and resolved a remarkably large number of leniency applications since the program of leniency was made effective around 2011.

In conclusion, the granting of immunity to the first cartel member who comes forward and supplies sufficient information and evidence on the existence of a cartel, is an absolutely crucial tool in the fight against cartels. It is widely adopted by the largest and the best established competition jurisdictions around the world.

In my view and experience, most governmental practitioners on competition and enforcement agencies around the world and legal practitioners from the private sector bar, would probably agree, that without leniency in place, the overall fight against cartels would be much less effective.

Many fewer cartels would be detected and stopped and probably more potential cartels would choose to engage in cartel activity.

So, I sincerely hope, ladies and gentlemen, that you will find the information just provided useful in the context of the ongoing discussion on competition law and policy within Peru.

Thank you very much.

políticas de clemencia, en algunos casos siguiendo recomendaciones específicas de la OCDE.

Los países de América Latina con programas de clemencia son Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, México, Panamá, Perú y Uruguay. Los países de América Latina tienden a proporcionar una inmunidad completa al primer solicitante y una reducción de hasta 50% al segundo – siempre y cuando este último colabora durante toda la investigación.

Los países con programas de clemencia siguen las mejores prácticas internacionales en vigencia. Considero importante decirlo.

Los beneficios de los programas de clemencia y de inmunidad en la lucha contra los carteles han sido ampliamente demostrados en América Latina. Por ejemplo, Brasil ha tenido dos grandes investigaciones de carteles desde 2014 contra dos grandes instituciones financieras internacionales y empresas de tecnología e infraestructura como resultado la aplicación de la clemencia.

En Chile se ha producido al menos cinco aplicaciones de clemencia que han conducido a casos significativos. Colombia ha iniciado varias investigaciones como consecuencia de la aplicación de la clemencia. La autoridad de competencia de México ha recibido y resuelto un gran número de aplicaciones de clemencia desde que su programa entrara en vigencia en 2011.

En conclusión, el otorgamiento de inmunidad al primer miembro de un cartel que suministre información y evidencias suficientes acerca de la existencia de un cartel es una herramienta absolutamente crucial en la lucha contra los carteles. Esta herramienta ha sido ampliamente adoptada por las autoridades de competencia más reputadas en el mundo.

De acuerdo con mi visión y experiencia, la mayoría de quienes ejercen en las entidades de competencia en todo el mundo, y los abogados del sector privado probablemente concordarán en que, sin el sistema de clemencia, la lucha general contra los carteles sería mucho menos efectiva.

Muchos menos carteles serían detectados y detenidos y probablemente más carteles potenciales decidirían comprometerse en actividades de cartel.

De manera que sinceramente espero, damas y caballeros, que la información aquí proporcionada les sea útil en el contexto de la presente discusión sobre políticas y legislación de competencia en el Perú.

Muchas gracias.

Panel N° 2.

ESTRATEGIAS EFECTIVAS PARA DESARTICULAR CÁRTELES EN BENEFICIO DE LOS CIUDADANOS



TENDENCIAS GLOBALES PARA LA DESARTICULACIÓN DE CÁRTELES EN BENEFICIO DE LOS CIUDADANOS

TANJA GOODWIN

Economista del Equipo de Mercados y Competencias. Práctica Global de Comercio y Competitividad del Banco Mundial

Con Maestría en Economía y Especialista en Competencia, trabaja en análisis y asistencia técnica en temas del marco legal de competencia, regulación sectorial y análisis de impacto de reformas regulatorias.



Buenas tardes a todos, muchas gracias por venir, y es un gusto para nosotros en el Banco Mundial colaborar con Indecopi, nuevamente en esta ocasión.

De hecho, me gustaría complementar lo que dijeron mis colegas panelistas, desde la perspectiva del Banco Mundial.

Nosotros, en el Equipo de Mercados y Políticas de Competencia en el Banco Mundial, liderado por Martha Martínez Licetti, asesoramos aproximadamente a sesenta países alrededor del mundo en temas de política de competencia y yo, personalmente, he tenido el gusto de trabajar con Indecopi durante los últimos cuatro años y me gustaría felicitar al Indecopi por toda la labor que ha venido desarrollando y todos los avances en la materia de política de competencia y desarticulación de carteles, en particular.

Hoy día, Perú es uno de los países líderes en la región en el ámbito de desarticulación de carteles, en particular, y desde el Banco Mundial esperamos poder seguir con la colaboración.

Complementando la exposición de mis colegas, me gustaría aportar al debate con unos hallazgos recientes de los estudios del Banco Mundial, que corresponden a dos preguntas claves en materia de desarticulación de carteles: ¿Qué podemos aprender sobre los carteles, su naturaleza, su frecuencia, su tamaño? y segundo ¿Cómo se pueden combatir y desestabilizar?

Adelanto aquí la respuesta: Encontramos que los carteles son mucho más frecuentes de lo que se observa; y segundo que afectan a mercados que son claves para la economía. Por una parte, los carteles afectan a aquellos servicios y productos que son los insumos para otras empresas, por ejemplo, servicios de transporte esenciales para la exportación; los carteles en estos mercados pueden afectar entonces la competitividad de las empresas en el exterior.

Por otra parte, los carteles afectan a los servicios y productos que son clave para los hogares, para las familias, y que frecuentemente son productos de consumo básico. Ello tiene como consecuencia que los carteles afectan en mayor medida a los hogares más pobres. Y eso es crítico.

Como consecuencia, la política "anti-cartel" no solo beneficia a los consumidores en general, sino trae beneficios para las familias más pobres en particular. El objetivo de esta política es de desestabilizar y eliminar a los carteles, pero también promover que ni se formen los acuerdos colusorios entre competidores desde un principio. ¿Qué herramientas forman parte de una política "anti-cartel" efectiva?

Una herramienta clave es la política de clemencia, o delación compensada. Si dos competidores que quieren establecer un acuerdo explícito para fijar el precio o repartirse el mercado tienen que temer que cualquier de ellos podría delatar el acuerdo ilegal ante Indecopi en cualquier momento, ese acuerdo se vuelve menos viable, es decir la probabilidad de que se establezca y se mantenga el cartel se vuelve menos probable.

Esto en sí, ya es un beneficio para el consumidor. Es decir, sin que se tenga que aplicar la herramienta de la clemencia, su mera existencia vuelve menos probable que surjan los acuerdos ilícitos entre competidores.

Sin embargo, si los dos competidores no tienen que temer que eventualmente Indecopi pueda investigar y encontrar evidencia suficiente para sancionar al acuerdo

colusorio, entonces no habría razón para los competidores delatar el acuerdo y, por ende, la herramienta de clemencia pierde su efecto de desestabilización.

Por ello, las herramientas de investigación de acuerdos anticompetitivos son igualmente clave para la desarticulación de carteles y se refuerzan mutuamente con la herramienta de clemencia.

Hay un tercer elemento que me gustaría enfatizar, porque es particularmente clave en muchos países en desarrollo: Las regulaciones e intervenciones del propio gobierno también pueden facilitar la formación de los carteles en vez de promover mercados abiertos y contestables donde la cartelización es menos viable.

Si dos competidores que mantienen un acuerdo colusorio pueden esperar que un tercer competidor entra al mercado y compite con un precio menor al precio establecido por el cartel, entonces nuevamente es menos viable establecer un acuerdo colusorio; por otro lado, si se elevan las barreras regulatorias a la entrada, es ahí cuando se vuelve viable y estable un cartel económico.

Entonces para nosotros en el Banco Mundial también es importante identificar aquellas reformas regulatorias que no solamente eliminan la tramitología o la burocracia, como se dice en muchos países de la región, sino que identifican, priorizan y eliminan aquellas barreras que sobre todo son una barreda de entrada para un nuevo competidor y que facilitan la colusión entre los competidores.

¿Qué sabemos entonces sobre los carteles, su naturaleza, su frecuencia, su tamaño? En Europa, las ventas totales afectadas por tan solo los quince carteles más grandes detectados en los últimos años, suman a cinco puntos seis mil millones de dólares. Estos carteles han afectado a mercados con un alto volumen de ventas, y de suma importancia para la economía en general: transporte de carga, derivados de la tasa de interés del yen, y otros productos como peróxido de hidrogeno o sea productos muy específicos que son claves en la cadena de valor para muchas empresas.

En América Latina, el Banco Mundial ha venido trabajando con las autoridades de competencia que forman parte del Centro Regional de Competencia para América Latina para identificar todos los carteles detectados y oficialmente sancionados en primera instancia hasta ahora.

La Anti-Cartel Enforcement Database del Banco Mundial, recopilado en colaboración con el Centro Regional de Competencia, ya cuenta con alrededor de 300 carteles detectados. (Toda la información y estadística presentada durante esta presentación corresponde al avance de la recolección de la base de datos al abril 2017 y representan hallazgos preliminares.)

Esto solamente representa el "tip of the iceberg", es decir, una fracción de todos los carteles que se han formado en estos países. En países que cuentan con una política anti-cartel madura y autoridades de competencia con recursos suficientes, se estima que solo un 10 al 30 por ciento de los carteles son detectados. Esto significa nuevamente que el efecto disuasorio puede ser incluso más importante que la propia detección de un cartel.

¿Qué es lo que nosotros encontramos acerca de la efectividad de combatir estos carteles? Esta nueva data evidencia que en América Latina hubo un aumento sustancial en la efectividad de la lucha contra los carteles en la última década: El número de carteles sancionados por país se ha multiplicado por más de 4 en la última

década con respecto a la década anterior. De hecho, el 70% de todos los carteles detectados en América Latina se han detectado en la última década, o sea un avance sustancial.

Pero también vemos que hay un camino por recorrer, porque la distancia entre cuando se inician y cuando terminan las investigaciones es grande. Precisamente para eso puede servir la clemencia, porque permite a la Autoridad acceder a evidencia de mejor calidad durante la investigación y el proceso sancionador.

¿En qué mercados se han formado los carteles en América Latina? Los encontramos nuevamente en mercados claves para las economías, como manufactura. Cabe reflexionar que muchas políticas en países en desarrollo están dirigidos a impulsar la industria y la manufactura, pero a la vez, como muestra esta evidencia, hay muchas partes de la cadena de producción que son distorsionadas, donde encontramos colusión y precios elevados por falta de la competencia: Eso al final afecta la competitividad del producto al final de la cadena y puede afectar la efectividad de dichas políticas.

Dos estadísticas que llaman la atención son la duración del cartel y el número de empresas sancionadas. La duración promedio de un cartel es de cuatro años más o menos, y en promedio participaron 6.8 empresas en dichos acuerdos colusorios.

Pero es el máximo que llama aún más la atención, siendo que la máxima duración de un cartel detectado y sancionado en América Latina ha sido de 23 años. Este es un caso de un cartel argentino de cemento. Por otra parte, encontramos carteles sancionados en los que hasta 71 empresas se han coludido.

Estas cifras sorprenden a luz de las teorías microeconómicas sobre las condiciones de estabilidad de los carteles. Según ello, la colusión se forma en mercados concentrados con pocas empresas. ¿Cómo se vuelven estables acuerdos explícitos de colusión entre 71 empresas?

Y aquí entra la importancia de la barrera regulatoria o la influencia de la intervención del gobierno en los mercados. Es común en muchos países de América Latina, por ejemplo, que la regulación establece que asociaciones de competidores en un mismo mercado pueden decidir quién entra al mercado y quien no a través de licencias profesionales, certificados y otros tipos de requerimientos administrativos, que la ley establece que hay derechos expresos de veto hacia el entrante del mercado o que hay reglas que facilitan la colusión, por ejemplo, a través de la fijación de tarifas de referencia y otros. En estos casos, la regulación facilitando la colusión en mercados que no son concentrados y donde en principio no habría condiciones propicias a la colusión.

¿Cuál es el daño económico de un cartel? En el estudio más exhaustivo que existe en este momento, del Profesor Connor de la Universidad de Purdue, se concluye que el promedio del sobreprecio de carteles es de 49%. Es decir, es casi un 50% y pongamos esta cifra en relación con otros tipos de aumentos de precios que se suelen discutir, como la inflación u otros tipos de choques que pueden influenciar un precio particular.

Un 50% de incremento en el precio; esto lo notamos hasta nosotros aquí reunidos, a pesar que tenemos ingresos mucho mayores de las familias en pobreza o pobreza extrema que muchas veces son los más afectados por los carteles, sobre todo cuando se trata de productos de la canasta básica de los hogares.

¿Qué significa esto en la práctica? La diferencia entre que el arroz cueste un sol o un sol cincuenta; esto puede ser la diferencia entre comprar una porción adicional de arroz o no poder comprarlo. Esto puede ser la diferencia entre comer suficientes calorías al día o no poder comerlo, con los ingresos bajos que tienen las familias más necesitadas.

Un estudio reciente del Equipo de Mercados y Políticas de Competencia del Banco Mundial en Sudáfrica estimó precisamente el efecto de cuatro carteles identificados sobre el ingreso disponible de los hogares y sus patrones de consumo. La autoridad de competencia había identificado cuatro carteles en pollo, maíz, trigo y farmacéuticos.

Sabíamos de los estudios económicos en las investigaciones que el sobreprecio en cada uno de estos mercados por causa del cartel. Entonces se calculó cuánto de su salario disponible estaban gastando las familias en estos productos, cuánto hubiesen ahorrado en ausencia del sobreprecio y cuántas familias en consecuencia habrían salido de la pobreza, en términos monetarios. El resultado muestra que son 200 mil personas que habrían salido de la pobreza únicamente por eliminar cuatro carteles.

Este impacto en el poder adquisitivo es fundamental. Y hay que recordarlo sobre todo en el contexto de otras políticas que tenemos disponibles para eliminar la pobreza. ¿Cuál son estas otras políticas que se emplean para reducir la pobreza? Una de las más comunes y exitosas para combatir la pobreza es la transferencia monetaria condicionada, llamado "Juntos" en Perú, "Bolsa familia" en Brasil, 'Oportunidades' en México y otros de la región.

Dicho estudio en Sudáfrica compara las dos políticas en función de su costo y beneficio, la política anti-cartel y la política de transferencia monetaria condicionada. Primero, se compara el impacto sobre la pobreza. El impacto sobre la pobreza en el caso del programa de transferencia claramente es mucho mayor. De hecho, es un 33 veces más que la política anti cartel. Pero el programa de transferencias monetarias tiene un gasto fiscal importante.

En cambio, ¿cuánto cuesta la política anti cartel? Lo que cuesta el salario de los funcionarios de las Autoridades de Competencia. Comparando entonces los costos y beneficios, el resultado de este estudio es que el programa anti cartel habría sido mucho más costo-eficiente en combatir la pobreza que el programa de transferencia monetaria.

Por supuesto que el programa de transferencias monetarias es efectivo en combatir la pobreza, y tiene un rol muy importante. Pero la política de eliminar carteles también es clave en la medida que eleva los precios para bienes de primera necesidad para las familias más pobres.

¿Qué requiere un programa anti-cartel efectivo entonces? Mis colegas panelistas ya comentaron en detalle sobre cómo funciona el programa de clemencia y lo repetiré, pero veamos los mecanismos a través del cual el programa genera beneficio para la competencia.

Entonces en primer lugar lo que vemos para la autoridad, es una reducción en la duración del proceso dado que la autoridad tiene mejor acceso a la evidencia de mayor valor agregado para poder llevar a cabo un proceso exitoso. Efectivamente, los estudios muestran que el tiempo promedio que dura el proceso sancionador disminuye en 1.5 años con la introducción de un programa de clemencia.

Por otra parte, disminuye la formación de los carteles por las razones expuestas anteriormente. También reduce los efectos nocivos de los carteles al debilitarlos. Los estudios que se han hecho acá de la diferencia de la naturaleza del cartel una vez que existe la clemencia muestran que son más cortos y no logran alzar los precios en la misma magnitud.

¿A qué se debe esto? Con un programa de clemencia, es más probable que se rompa un acuerdo colusorio como consecuencia de choques externos o cambios en la demanda. Al ser menos estables, no se logra alzar el precio en la misma magnitud. Y nuevamente, si la existencia de un programa de clemencia puede reducir el alza de los precios que pueden generar carteles, eso ya es un beneficio directo para los consumidores.

Cabe resaltar aquí nuevamente los logros significativos de Indecopi en la aplicación de la herramienta de clemencia y ya habría un efecto de de-estabilización, ya hay una señal clara de que el programa funciona.

No hay que olvidar la importancia de la proactividad de la autoridad en iniciar investigaciones ex officio y seguir monitoreando los mercados. Felizmente vemos exactamente esta tendencia en los últimos años en las autoridades de competencia en América Latina.

De hecho, desde el 2007 vemos que hay un mayor porcentaje de casos iniciados ex officio. Ello podría ser contra-intuitivo, dado que existe la noción que el programa de clemencia vuelva a las autoridades más reactivas. En América Latina, esto no parecería ser el caso; las cifras muestran que efectivamente habría un mayor porcentaje de investigaciones iniciadas a la iniciativa de la propia autoridad.

En Perú también vemos un aumento sustancial en las investigaciones e inspecciones sorpresa que ha hecho Indecopi desde 2011 hasta 2015, es decir desde que el Banco Mundial e Indecopi empezaron a colaborar conjuntamente en el reforzamiento de las herramientas para la desarticulación de los carteles. Vemos más proactividad hoy día y eso nuevamente refuerza las otras herramientas de lucha contra carteles.

Y finalmente, como decía al inicio, no dejemos de lado el rol que juegan las regulaciones que pueden fortalecer o facilitar el cartel y la colusión.

Permítanme darles un ejemplo interesante de México, donde un estudio de Profeco sobre las regulaciones emitidas por municipalidades identificó que, en 51 de 78 casos, estas regulaciones facilitaban que los agremiados de las tortillerías pudieran fijar precios, vetar la entrada de otro competidor o establecer distancias mínimas entre tortillerías y eso a su vez facilitaba los acuerdos colusorios.

Hasta ahora, Cofece efectivamente identificó al menos seis carteles en tortillas. Ello habría beneficiado nuevamente a la población más necesitada, dado que en México la tortilla es un producto de la canasta básica.

Quisiera cerrar con una reflexión sobre los consumidores beneficiados por la desarticulación de los carteles en Perú: El cartel detectado entre empresas embotelladoras de gas, que felizmente se logró detectar, había decidido no trasladar una reducción del IGV de un por ciento a los consumidores. Las señoras en la foto aquí presentada hubiesen pagado un por ciento más por su gas de cocina.

Tanja Goodwin
Economista del Equipo de Mercados
y Competencias, Práctica Global
de Comercio y Competitividad del
Banco Mundial

Panel N° 2.

Para algunas familias en el Perú y posiblemente estas señoras, una diferencia en el precio puede cambiar la decisión de cocinar con gas o cocinar con leña, con efectos de salud muy graves. Esta es la relevancia para la vida real de las personas de la política de desarticulación de los carteles.

Muchas gracias.

Panel N° 2.

ESTRATEGIAS EFECTIVAS PARA DESARTICULAR CÁRTELES
EN BENEFICIO DE LOS CIUDADANOS

RESUMEN DE LA MODERADORA



ROXANA ARELLANO GARCÍA

*Secretaria Técnica de la Sala Especializada en
Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi*

Las interesantes ponencias de nuestros panelistas destacan la importancia del Programa de Clemencia como una herramienta fundamental para la desactivación de carteles. La experiencia comparada nos demuestra que es un mecanismo eficaz que ha permitido la detección de conductas colusorias que de otro modo no hubiesen podido ser identificadas por la agencia de competencia, y, de esta manera, ha permitido lograr como objetivo final la desarticulación del cartel.

Además de diseñar un Programa de Clemencia que otorgue predictibilidad a los agentes económicos, se ha resaltado la importancia de contar también con un esquema de sanciones suficientemente disuasivo. Los agentes que se coluden deben tener presente que son pasibles de recibir una sanción pecuniaria significativa y ante ello, recurrir al programa de delación puede resultar la mejor alternativa. Paralelamente, las facultades de investigación de la agencia de competencia, tales como realizar visitas de inspección y acceder información relevante son imprescindibles en este contexto.

Como ha resaltado Sean Dennis, el Perú está en la línea de las buenas prácticas a nivel mundial para la detección de carteles. En esta primera etapa de implementación del Programa de Clemencia, el Indecopi está preocupado por generar predictibilidad en los agentes del mercado, de modo que estos últimos conozcan el tratamiento que van a recibir sus solicitudes en caso decidan recurrir al sistema.

Finalmente, Tanya Goodwin ha resaltado la importancia de la lucha contra los carteles en la medida que está vinculada estrechamente con los niveles de desarrollo de nuestros países, dado que las conductas colusorias afectan negativamente el bienestar de los consumidores y, por ende, la economía en general. A su vez, ha hecho mención a otra importante labor a cargo del Indecopi, y en la cual la institución se encuentra trabajando arduamente, vinculada con la eliminación de trabas burocráticas y regulaciones impuestas por el Estado que también pueden impedir que existan adecuadas condiciones de competencia en el mercado.



CONCLUSIONES

Buenas tardes, en primer lugar, quiero agradecer las excelentes presentaciones de todos los panelistas, las cuales han sido muy interesantes, y, también al Banco Mundial por ayuda al Indecopi a organizar este evento, que es de suma importancia. Compartir las experiencias de las diferentes Agencias de Competencia de la Alianza del Pacífico, la OECD, el Banco Mundial y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, nos permite ver que hay varias cosas que tenemos en común; y no solamente los que estamos acá en este momento, sino también internacionalmente.

Por ejemplo, la OECD ha mencionado que internacionalmente, se considera como mejor práctica para los Programas de Clemencia, que el primero en delatar al cartel o sea el primero en acercarse a colaborar, debería ser exonerado totalmente de la sanción.

Y ¿por qué se hace esto? La idea justamente es no solamente que colabore con la agencia de la competencia, que dé pruebas, sino infundir miedo. Las Agencias de Competencia nos han comentado en esta conferencia como cada vez es más difícil detectar carteles.

Las empresas cartelizadas utilizan mecanismos encriptados, códigos de silencio, nuevas tecnologías y se está llegando a usar algoritmos, que es un tema que se está discutiendo internacionalmente.

Entonces ¿cómo se detectan esos carteles?, y, una vez que se detectan ¿cómo se tienen las pruebas necesarias para que ese cartel sea sancionado en primera instancia y después sucesivamente en segunda instancia o en apelación?, los Programas de Clemencia nos dan esos instrumentos.

Los colaboradores nos dan información, nos dan pruebas y eso ayuda a la solidez de nuestros casos y también reducen sustancialmente el tiempo de procesamiento.

Nosotros, por ejemplo, en la Comisión de Libre Competencia, acabamos de resolver hace poco dos casos, uno el de farmacias cuando donde no hubo un programa de clemencia, y duró varios años.

Hemos resuelto hace poco otro caso, que es el caso del papel higiénico, en el cual, si hubo un programa de clemencia y lo hemos resuelto en poco más de un año.

¿Qué resultados nos trae acortar estos procesos? En primer lugar, beneficia a los consumidores, como hemos visto los carteles aumentan los precios y, de acuerdo al Banco Mundial, este aumento puede ser de una manera bastante sustancial para los consumidores.

No solamente eso, a quienes afectan más es a las personas de menores ingresos y a las personas más pobres.

Entonces, estos programas nos permiten, por ejemplo, reducir el tiempo de los carteles -y eso se traslada directamente en beneficio de los consumidores- sancionar más rápido y liberar recursos de la agencia de competencia, para que se hagan más investigaciones y se detecten más carteles.

Y eso es lo que estamos viendo, por ejemplo, en el caso de Indecopi cada vez hay más investigaciones.

Por otro lado, algo en lo que han coincidido todos los panelistas es en la importancia de la transparencia, la predictibilidad y la eficacia.

La Secretaría Técnica, ha pre publicado una Guía de Clemencia, que serían los lineamientos por los cuales nos guiaremos la Secretaria Técnica y la Comisión, en los casos de clemencia.

Se ha recibido una serie de comentarios. En estos momentos la Comisión está evaluando estos comentarios y también evaluando las mejores prácticas internacionales.

¿Por qué? nosotros en la práctica en el Perú estamos iniciando el programa de clemencia en términos de casos, o sea recién hemos resuelto un caso.

Hay otras agencias de competencia, como hemos visto en estas presentaciones, que tienen varios años de experiencia.

Entonces, nosotros queremos que nuestro programa de clemencia refleje las mejoras prácticas, las mejores prácticas internacionales y también las experiencias de estas diversas agencias de competencia.

Y en ese sentido estamos trabajando lo que será esta Guía, que será aprobada en el corto plazo.

Buenos estos son los principales temas que quería tratar, les agradezco a todos ustedes su presencia acá.

Muchas gracias.



ENA GARLAND HILBCK

*Presidenta de la
Comisión de Defensa de la
Libre Competencia del Indecopi*







*Trabajando para
todos los peruanos*

ISBN: 978-9972-664-66-3



9 789972 664663