

Documentos de Trabajo

Eficacia y asimetrías de los programas de delación en un contexto multimercado: un análisis del caso colombiano en el marco del TLC con Estados Unidos

Dennis Sánchez Navarro

No. 14

2013

Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia](#).

Usted es libre de:

Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

1.1.1 Bajo las condiciones siguientes:

- **Atribución** – Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante. Si utiliza parte o la totalidad de esta investigación tiene que especificar la fuente.
- **No Comercial** – No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
- **Sin Obras Derivadas** – No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

Los derechos derivados de usos legítimos u otras limitaciones reconocidas por la ley no se ven afectados por lo anterior.



La serie Documentos de Trabajo es una publicación de la Superintendencia de Industria y Comercio. Los documentos son elaborados por los miembros del Grupo de Estudios Económicos o funcionarios de la entidad, y son de carácter provisional. Los análisis, opiniones y posibles errores son de responsabilidad exclusiva de los autores y no representa la posición de la Superintendencia de Industria y Comercio en la materia.

Para cualquier duda, sugerencia, corrección o comentario, escribir a: estudioeconomicos@sic.gov.co

Eficacia y asimetrías de los programas de delación en un contexto multi-mercado: un análisis del caso colombiano en el marco del TLC con Estados Unidos

Dennis Sánchez Navarro*

Resumen

El presente documento busca analizar los posibles efectos de las asimetrías en los programas de delación en diversas jurisdicciones territoriales sobre el comportamiento anticompetitivo de los agentes en un contexto multi-mercado. En particular, este trabajo analiza el programa de delación de Colombia y lo contrasta con el de Estados Unidos para identificar posibles diferencias entre ellos que pudieran incidir en la efectividad de la política de delación.

Palabras clave: delación, competencia, multi-mercado, Colombia.

JEL: D29, D43, D79.

* Magister en Ciencias Económicas. Economista del Grupo de Estudios Económicos de la Superintendencia de Industria y Comercio. E-mail: dsanchez@sic.gov.co. Dirección de correspondencia: Carrera 13 No. 27-00, Piso 10 (Bogotá, Colombia).

La autora agradece en especial al Dr. Juan Pablo Herrera y Jenny Paola Lis, compañeros del Grupo de Estudios Económicos por los valiosos comentarios aportados a este documento.

Efficacy and asymmetries of the leniency programs on a multi-market context: an analysis of the Colombian case under the FTA with the U.S.

Abstract

This paper analyzes the possible effects of asymmetries in the leniency programs on anti-competitive behavior of agents in multi-market context. In particular, this paper analyzes the Colombian leniency program and compares it with the United States program to identify possible differences between them that could affect the effectiveness of the leniency policy.

Key words: Leniency, competition, multi-market, Colombia.

JEL: D29, D43, D79.

INTRODUCCIÓN

Los programas de delación han sido vistos como un instrumento importante para hacer cumplir la política de competencia en todo el mundo. En particular, los programas de clemencia son uno de los instrumentos más importantes para fortalecer la política de competencia frente a los cárteles y una de las intervenciones más importantes de defensa de la competencia.

De acuerdo con Motta y Polo (2003), el programa de delación puede apoyar la aplicación de la política de competencia, en particular si la autoridad en la materia tiene recursos limitados para impedir la colusión *ex ante*. De esa manera, este tipo de programas pueden mejorar la capacidad de las autoridades de competencia para perseguir la colusión y aumentar la probabilidad de detectarla y frenarla en una etapa posterior.

Adicionalmente, el programa de delación puede ser útil en el ejercicio de la política de competencia desde la disuasión dado que crea un esquema de incentivos a desviarse del acuerdo de los agentes que participan de un acuerdo, antes de ser delatado por otro de los agentes o ser detectado por la autoridad, de tal forma que introduce inestabilidad en los acuerdos.

De acuerdo con Brenner (2009), el programa de delación tiene dos efectos. En el corto plazo puede facilitar la detección de cárteles y con ello reducir el costo del ejercicio y la aplicación de la ley, mientras que en el largo plazo ayuda a disuadir a las empresas de seguir conductas o prácticas en contra de la competencia. Sin embargo, también debe considerarse que los comportamientos estratégicos que se den entre dos o más agentes en el mercado no necesariamente quedan circunscritos en una jurisdicción, mientras que los programas de delación si se encuentran limitados a la normatividad de un país particular. De esa forma, en un contexto de transacciones multi-mercado se genera cierta incertidumbre sobre qué incentivos o qué grado de efectividad presentarían los programas de delación para disuadir el comportamiento estratégico de los agentes con efectos anticompetitivos.

En particular, en el contexto actual de mercados globalizados y acuerdos de libre comercio, se podría esperar que una conducta anticompetitiva no sólo tenga incidencia en un único país, sino que podría tener efectos en un contexto multi-mercado desde una perspectiva transfronteriza. De igual forma, los programas de delación en los diferentes mercados y sus posibles asimetrías podrían presentar diferentes incentivos en los agentes para estabilizar o desviarse del acuerdo anticompetitivo.

Teniendo en cuenta lo anterior, este artículo presenta una breve revisión de los posibles efectos sobre la eficacia de la política de delación en un contexto multi-mercado. Se analiza la forma como las asimetrías en los programas de delación entre los diferentes mercados podrían influir en la probabilidad de detectar o disuadir los cárteles internacionales.

El presente documento abordará el planteamiento antes expuesto a mediante 3 secciones. En la primera se hace una descripción de los conceptos generales de los programas de delación, así como su incidencia. Posteriormente, se analiza el programa de delación de Colombia y se realiza una breve comparación con el programa de delación de EEUU, identificando asimetrías y su posible efecto en un contexto multi-mercado, así como posibles oportunidades de mejora. Finalmente, se presentan las conclusiones.

LOS PROGRAMAS DE DELACIÓN

En esta sección se procederá en términos generales los programas de delación, su objetivo, y efectividad haciendo una breve revisión sobre los análisis empíricos que se han adelantado en distintas jurisdicciones.

De acuerdo con Motta y Polo (2003) un programa de delación se puede definir como un conjunto de reglas para la concesión de las reducciones de penas a las empresas o personas implicadas en los cárteles, a cambio de dejar de participar en la práctica y proporcionar una activa la cooperación en la investigación de las autoridades de aplicación (Polo y Motta, 2005, pág. 2, traducción propia).

Los programas de delación de todo el mundo establecen requisitos estrictos sobre el comportamiento de los solicitantes, una vez se ha iniciado la cooperación. Se trata de un programa de amnistía que requiere que las compañías interrumpan su participación en el cartel o cesen el comportamiento anticompetitivo. Por otra parte, se necesita una cooperación completa y continua en la investigación para tener derecho a la indulgencia.

Este tipo programas están orientados a generar incentivos para que los agentes participantes de un acuerdo colusorio tiendan a desviarse, es decir, desestabilizar al cartel. Los partícipes del acuerdo tienen que decidir si seguir con su conducta ilícita o si acudir a la autoridad de competencia para denunciar el cartel y pactar un compromiso de total colaboración con la agencia. En términos de Spagnolo (2004) la idea detrás de estos programas de clemencia es *“ensuring that wrongdoers find themselves in a situation as close as possible to a Prisoner’s Dilemma their long term relationship notwithstanding”* (Spagnolo, 2004, pág. 3). De esa forma, los programas de delación buscan desestabilizar a los agentes coludidos de tal forma que se deteriore la confianza entre los participantes del cartel y se promueva la iniciativa de dichos agentes a denunciar el acuerdo ante las autoridades de competencia.

Adicionalmente, algunos programas de delación tienen incentivos de exoneración o disminución de multas diferenciales, según el orden en el cual los partícipes de un mismo acuerdo acudan a la autoridad. De esa forma, un agente coludido que esté analizando la posibilidad de acercarse a la autoridad de competencia siempre debe considerar el riesgo

de que otro agente que hace parte del acuerdo o la práctica se acerque antes a la autoridad de competencia, lo cual también promueve cierta premura sobre el acercamiento a denunciar.

En el diseño mismo del programa de delación visto como un programa de amnistía, no puede perderse de vista el riesgo asociado a que pueda leerse por las empresas como un mecanismo que reduce el valor esperado a pagar, que calcula un agente por una infracción del régimen de libre competencia.

A pesar de lo anterior, para las autoridades de competencia, los programas de delación resultan de gran utilidad, en particular porque como lo señala Brenner (2009) estos son socialmente deseables, puesto que ante recursos escasos de la autoridad, incentivar a los agentes a acercarse y delatar el acuerdo permitiría ahorrar recursos y enfocarlos en otras actuaciones.

Aunque resulta difícil conocer con exactitud el efecto o éxito de los programas de delación en tanto se desconoce el número de acuerdos colusorios que se han abstenido de acercarse a la autoridad de competencia o el número total de prácticas anticompetitivas susceptibles de haberse inscrito a dicho programa, e incluso es más complicado medir ese efecto si existe un interés en analizar la incidencia multilateral, algunos autores han estudiado este efecto, y la evidencia empírica relacionada con los programas de delación en ejecución. Algunos de estos trabajos se presentan a continuación.

Klein (2010) analiza la eficacia de los programas de delación medidos como el impacto en la intensidad de la competencia, a partir del costo marginal resultante de una estimación econométrica de los 23 países de la OCDE, durante un período de 20 años. Este autor encontró evidencia de una relación positiva y significativa entre los programas de delación y la intensidad de la competencia. Esto implica que el programa de amnistía tiene un efecto disuasorio, desestabiliza los carteles y facilita su detección.

Por otra parte, autores como Borrel, Jiménez y García (2012) también identifican que los programas de delación tienen un impacto en la percepción de los agentes. Los autores analizan econométricamente el efecto de los programas de clemencia en una muestra de 59 países y 14 años, evaluando la extensión gradual del programa. De esta manera, encuentran que los programas de clemencia incrementaron entre un 10% y un 21% la eficacia percibida de la política de competencia.

Igualmente, Benner (2009) encontró evidencia de que el programa de delación de 1996 de la Unión Europea, ofreció incentivos para revelar información sobre las actividades, de tal forma que las autoridades de competencia están mejor informadas acerca de la conducta del cartel al ser comparado con un escenario de ausencia del programa. Según este autor, tomando una muestra de 61 casos de colusión investigados en el periodo 1990-2003, el proceso de persecución de los carteles puede verse agilizado en promedio alrededor de 1,5 años por el acceso a información valiosa. Asimismo, este autor diferencia entre los

efectos de los programas de delación en el corto plazo asociados a la revelación de información y los costos de persecución del cartel y los efectos de largo plazo correspondientes a los efectos disuasivos del comportamiento colusorio.

Al respecto Benner (2009) encuentra que en el corto plazo se revela mayor información y los costos legales asociados a la investigación y persecución de los carteles pueden reducirse, aunque en el largo plazo, los resultados no son contundentes en términos de suministrar suficiente evidencia sobre el efecto disuasivo del programa.

Otro autores como Aubert, Rey y Kovacic (2006) tienen una postura más conservadora sobre los efectos derivados de los programas de delación en términos de reducción de multas. Señalan que incluso una política de recompensas positivas podría resultar en efectos disuasivos más efectivos.

No obstante lo anterior, se ha encontrado evidencia empírica sobre el efecto disuasorio de corto y largo plazo de los programas de delación. En Colombia particularmente, el programa de clemencia es relativamente nuevo pues se instauró con la Ley 1340 de 2009, y hasta la fecha no se ha hecho uso por parte de ningún agente. Por esta razón, resulta difícil conocer su efecto disuasorio o el impacto del programa en la percepción de los agentes y los colombianos.

De otra parte, vale la pena señalar que los programas de delación no sólo tendrían incidencia en el mercado doméstico, sino que en un contexto de transacciones multinacionales, los posibles efectos disuasorios de un programa de delación podrían resultar más complejos, y podrían generarse incentivos a mantener posturas diferentes, en términos de denuncia del cartel, en los distintos países donde pueda tener lugar el acuerdo colusorio.

Por lo anterior, la siguiente sección describe algunas implicaciones del programa de delación en el contexto de transacciones y operaciones multi-mercado.

Los programas de clemencia en un escenario multi-mercado

De acuerdo con Choi y Gerlach (2012), los programas de delación no solamente tienen un efecto disuasivo en el mercado doméstico sino que las interacciones entre mercados también influyen en la estructura de incentivos de los agentes. Según estos autores, el contacto multi-mercado podría disuadir a las firmas de delatar el acuerdo y sostener los carteles de forma más eficientemente cuando las autoridades de competencia no comparten información al respecto de las conductas, y se adelantan acciones de forma aislada.

El trabajo de Choi y Gerlach (2012) señala que entre 1990 y 2008, hubo al menos 516 investigaciones oficiales de carteles internacionales, lo que indicaría que los acuerdos multi-mercado con fines anticompetitivos no son un hecho aislado. En este contexto, los autores afirman que la efectividad de un programa de delación puede verse afectada en una estructura de multi-mercado, en particular porque las firmas globales podrían utilizar estrategias de delación parciales. Estas estrategias pueden ser entendidas como la denuncia del acuerdo en sólo algunos de los mercados especialmente en aquellos donde pudieran obtener altos beneficios del programa de delación y exista una alta probabilidad de detección, mientras mantienen el acuerdo en otros mercados. Esto le permitiría al cartel multi-mercado (transfronterizo) extraer rentas de la conducta anticompetitiva en algunos lugares mientras que obtienen simultáneamente beneficios del programa de delación.

De esa forma, las estrategias de delación parcial permitirían a las empresas globales sacrificar las rentas derivadas de un acuerdo colusorio en un mercado donde se revelaría el acuerdo manteniéndolo en otro mercado. Así las cosas, el acuerdo y el acercamiento a los programas de delación de forma asimétrica podrían generarle a las firmas mayores beneficios globales y promovería la formación del cartel, dado que los agentes coludidos tendrían la posibilidad de obtener los beneficios del programa de delación en un mercado mientras sostienen el acuerdo en otros mercados¹.

Específicamente, esto autores señalan que en un escenario de no-cooperación de las agencias de competencia y posibles estrategias de revelación parcial de la información, podrían extraerse rentas del acuerdo tal como se evidencia en la siguiente cita: *“The reason is that partial self-reporting strategies allow firms to pool cartel stability constraints and transfer slack collusive rent from one market to prevent self-reporting in the other market”* (Choi y Gerlach, 2012, p. 538).

Un resultado similar encuentran (Lefouilli & Roux, 2012) al observar, en el contexto del programa ampliado de delación (*Amnistry Plus*) que se puede ver reducido el carácter disuasivo de las actividades del cartel al facilitarle a las firmas sostener la colusión multi-mercado a través de estrategias que involucran la denuncia pero después de una primera detección del cartel.

En este contexto, Choi y Gerlach (2012) señalaron que el contacto multi-mercado reduce la eficacia de los programas de delación y fomenta la colusión, en un contexto de no cooperación entre las autoridades de competencia. Por esta razón, los autores destacan la importancia del trabajo coordinado entre las autoridades de competencia en los diferentes mercados, en los siguientes términos: *“When antitrust authorities cooperate by sharing cartel leads and case information, two benefits arise. In each local market, cartels face a higher probability of detection and a higher probability of conviction. This*

¹ Este resultado podría darse en un contexto en el cual las autoridades de competencia no intercambian información. sino que adelantan los procesos de vigilancia de forma separada.

unambiguously increases self-reporting and reduces cartel formation” (Choi y Gerlach, 2012, p. 538).

De esa forma, si se asume un escenario en el que las autoridades de competencia cooperan con respecto a la información del caso², el cartel se enfrentaría a una mayor probabilidad de detección, lo que podría promover la delación por parte de las firmas y reducir el alcance de la formación del cartel.

Un resultado similar logra Motchenkova (2004) al encontrar que si se mantiene estrictamente la confidencialidad del procedimiento de delación, las firmas no pueden reaccionar instantáneamente a las acciones de sus rivales, de tal forma que el equilibrio sería auto-delatar el acuerdo por parte de las firmas en caso en el que la penalidad esperada sea lo suficientemente alta. De esa forma, los programas de delación estrictos, de acuerdo con este autor, reducirían la estabilidad del cartel dada la imposibilidad de que las firmas reaccionen de forma inmediata ante las pérdidas futuras esperadas por la detección del cartel. Asimismo, señalan la incidencia de la rigurosidad del programa de delación sobre la duración de los carteles:

Under strict antitrust enforcement, the possibility to self-report and be exempted from the fine increases the incentives for the firms to stop cartel formation, and, hence, reduces the duration of cartels. However, when penalties and rate of law enforcement are low, introduction of leniency programs may, on the contrary, facilitate collusion (Motchenkova, 2004, pág. 26).

Frente a este punto, Choi y Gerlach (2012) explican que el nivel de cooperación entre las autoridades de competencia resulta clave puesto que incide en la probabilidad de detección, y de esa manera, las empresas tendrían incentivos a no-delatar mientras que si la probabilidad es alta, las empresas revelan los carteles en ambos mercados:

More interestingly, for intermediate values, firms use the confidentiality policy of the leniency program and report to exactly one antitrust authority. This strategy prevents information from flowing to the antitrust agency that firms are not cooperating with and reduces the probability of conviction in the other jurisdiction (Choi y Gerlach, 2012, p. 529).

En línea con lo anterior, Evenett, Levenstein y Suslow (2001) reconocen la importancia de una acción coordinada por parte de las agencias de competencia para ejercer un control efectivo sobre los carteles internacionales. Al respecto, los autores señalan que: “[...] *aggressive prosecution of cartels can deter collusion, but only where sufficient international cooperation exists to gather evidence and prosecute offenders so that cartel*

² Aunque mantienen la reserva de confidencialidad sobre la información proporcionada en la investigación del caso.

participants actually have something to fear” (Evenett, Levenstein, & Suslow, 2001, pág. 1222).

Para estos autores en un mundo de múltiples mercados, las ganancias derivadas de la cartelización en un mercado adicional podrían exceder las ganancias del cartel en un único mercado. Así, los autores señalan que en la medida en que el número de mercados en el cual opera el cartel aumenta, cada miembro del cartel podría ser disuadido con más éxito por la amenaza de represalias por parte de otros miembros en todos los mercados en los que opera el cartel, lo que favorecería la estabilidad del acuerdo.

En términos de la efectividad de los programas de delación, afirman que en un contexto multi-mercado:

A firm may be reluctant (to say the least) to apply for leniency in a single jurisdiction if that leaves them potentially exposed to penalties in other jurisdictions. Furthermore, even though a firm may be willing to offer evidence on cartel activities in many nations, a national antitrust authority will only value information on activities within its jurisdiction. Both factors reduce the benefits of seeking leniency (Evenett, Levenstein, & Suslow, 2001, pág. 1240).

En línea con lo anterior, han surgido estrategias de cooperación entre distintas autoridades de competencia, con programas de delación como el denominado Amnesty Plus propuesto por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos a finales de los años 90, que de acuerdo con Roux y Ungern-Sternberg (2007) comprende estrategias proactivas para incentivar a los agentes que ya están en curso de una investigación en un mercado, a considerar la posible aplicación al programa de delación en otros mercados donde se hayan generado actividades del cartel.

De esa manera, el programa de Amnistía Plus ofrece a la firma una estructura de inmunidad en un segundo mercado que esté siendo afectado. Lefouilli y Roux (2012) analizan este tipo de estrategias de las autoridades de competencia y señalan que este tipo de estrategias pueden afectar la capacidad de las empresas a coludir de dos maneras opuestas:

First, it can reduce the deterrence of cartel activities by making collusion in both markets with self-reporting after a first detection sustainable under a wider range of circumstances. Second, it can increase the incentives to self-report after a first detection and thus reduce the expected duration of cartels and even make firms defer the formation of one of the cartels (Lefouilli y Roux, 2012, p. 625).

Estos autores señalan que incluso al permitir a las firmas obtener un descuento significativo en las multas bajo el programa de *Amnistía Plus* podrían generarse incentivos para retrasar el reporte de los carteles en los que están involucrados, en particular porque

en caso de estarse adelantando una investigación en curso en uno de los mercados, la firma tendrían incentivos para esperar los resultados y la efectividad de la investigación, lo que causaría un efecto anticompetitivo al incrementar el tiempo de duración de los carteles.

Dijkstra y Schoonbeek (2009) muestran que al tenerse contactos multi-mercado, pero manteniendo una asimetría en los agentes que participan en cada uno de ellos³, se podría conducir a que las firmas partícipes del acuerdo usen las ganancias del cartel en un primer mercado para hacer sostenible el acuerdo en otros mercados.

Estos autores también examinan los incentivos que tienen las firmas para formar carteles en un esquema de delación tradicional y con un programa que incorpore el componente *Amnesty Plus*, en un modelo de 2 mercados y 3 firmas. Encuentran así que las firmas podrían utilizar sus ganancias excesivas en el primer mercado para inducir al cartel en un segundo mercado. Asimismo, identifican que dependiendo el grado de amnistía que otorgue el programa *Amnesty Plus* se podrían tener efectos pro o anti competitivos en los mercados, favoreciendo la estabilidad de los carteles multi-mercado. Al respecto, Dijkstra y Schoonbeek (2009) establecen mediante múltiples simulaciones que si el programa *Amnesty Plus* no es demasiado clemente refiriéndose al hecho que el descuento en las multas es relativamente pequeño, el programa podría resultar anticompetitivo o neutral, mientras que si es generoso con la exención de multas, el impacto podría ser pro, anticompetitivo o neutral.

Lo anterior, como lo señalan Evenett, Levenstein y Suslow (2001) sería indicativo de que las autoridades de competencia deberían establecer las multas considerando el incremento de las ganancias del cartel por el ingreso a nuevos mercados como un esfuerzo por disuadir efectivamente los carteles globales.

Therefore, the fine that will deter cartelization of a new market must take account of the consequent increase in the cartel's total profits, not only on the extra profits being earned in the newly cartelized market. At present, even those antitrust authorities that base their fines on the illicit gains from cartelization do not consider the cartel's gains from outside their jurisdiction and so current practices are unlikely to deter multi-market cartels (Evenett, Levenstein, & Suslow, 2001, pág. 17).

Este efecto ambiguo de los programas de delación en un contexto multi-mercado, incluso al considerar estrategias como el programa *Amnesty Plus*, en términos de los efectos sobre la competencia de los mercados, también ha sido analizado por Roux & Ungern-Sternberg (2007), quienes encuentran que el programa de delación con el componente de amnistía en mercados conexos crea incentivos a reportar el acuerdo una vez el cartel

³ No todas las firmas participan en los mercados analizados.

ha sido sancionado en otro mercado, mientras que observan, al igual que otros trabajos señalados anteriormente, un impacto indeterminado para aplicar al programa de amnistía en el primer mercado.

A su vez, Roux & Ungern-Sternberg (2007) indican que la efectividad del programa de delación entendida como la capacidad de desviar la práctica o conducta colusoria, al incluir el componente de amnistía en mercados conexos, dependerá en gran medida de la implementación eficaz de la política de competencia en cada uno de esos mercados, así como la probabilidad de detección y la forma como estos elementos impacten las ganancias esperadas del cartel.

Amnesty Plus and Penalty Plus may help to sustain collusion in both markets, especially if the second cartel gives firms high expected profits. On the other hand, Amnesty Plus [...] may lead to immediate self-reporting in both markets. This is because firms, fearing that, after reporting one, their partner reveals the other cartel, would prefer to immediately report both cartels. This desirable effect occurs if expected cartel profits in one market are not sufficient to compensate for forgoing leniency in the other market (Roux & Ungern-Sternberg, 2007, pág. 20).

Como se observa, los programas de delación en un contexto multi-mercado deben enfrentarse a una estructura de incentivos más compleja por parte de los agentes, y la probabilidad de detección por parte de la autoridad en un mercado, así como el nivel de cumplimiento de la política de competencia serán clave para influir en la estabilidad de los carteles multi-mercado. Como se señaló antes, las asimetrías entre las probabilidades de detección y en los programas de delación, podrían conducir incluso a estabilizar los acuerdos anticompetitivos entre agentes de diferentes mercados.

Teniendo en cuenta lo anterior y reconociendo que los acuerdos de libre comercio son una ventana propicia para favorecer los contactos multi-mercado entre los agentes, específicamente, siguiendo el análisis de estabilidad de carteles multi-mercado en un contexto de liberalización económica como el propuesto por Akinbosoye, Bond, y Syropoulos (2012) quienes examinan cómo los efectos de liberalización de comercio afectan la estabilidad de los carteles en un contexto de interacciones multi-mercado⁴, el presente documento busca avanzar en la identificación de posibles oportunidades de mejora para fortalecer los programas de delación en un contexto multi-mercado.

⁴ Akinbosoye, Bond y Syropoulos (2012) identifican que cuando los bienes son sustitutos cercanos y los costos de comercio son suficientemente altos, la reducción marginal en los costos al comercio facilita la colusión.

El programa de delación de Colombia

El programa de delación en Colombia inició con la Ley 1340 de 2009 y está dirigido a las personas naturales o jurídicas que han sido parte de un acuerdo restrictivo de la competencia, siempre que los agentes no hayan actuado como promotores o instigadores del comportamiento y proporcionen pruebas.

El Decreto 2896 de 2010 precisa algunas de las definiciones propuestas de acuerdo con la Ley 1340 de 2009 y brinda una orientación sobre los elementos que definen un comportamiento de colaboración en el marco del programa de delación. Además, esta norma establece las multas y beneficios del programa.

El programa de delación en Colombia ofrece a los agentes que se acerquen a la autoridad de competencia a denunciar el acuerdo, una estructura de incentivos diferenciales. De acuerdo con lo anterior, el primer agente que revele el comportamiento podría recibir una exención de 100% de la multa, mientras el segundo y el tercero tendrían el 75% y el 50%, respectivamente. A partir del 4 agente, los agentes que colaboren podrán recibir una exoneración de hasta el 30% del total de la sanción a imponer

Sin embargo, la actuación de la autoridad colombiana de competencia queda limitada al carácter administrativo de la misma, en ejercicio de las facultades dadas por la Ley 1340 de 2009. Lo anterior, señala que la SIC puede adelantar investigaciones e imponer multas, y como tal el programa de delación quedaría enmarcado en esas facultades.

No obstante, el ejercicio de una conducta anticompetitiva como los carteles tiene consecuencias civiles de acuerdo con el artículo 2351 del código civil, así como repercusiones de carácter penal. En particular, de acuerdo con el artículo 27 del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), se penalizan los acuerdos restrictivos de la competencia en los siguientes términos:

“El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años”.

Parágrafo. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años”

No obstante lo anterior, el programa de delación en Colombia si bien contribuye a la reducción de la pena y posible exención de las multas, no elimina el carácter delictivo de la conducta anticompetitiva como los carteles así como las posibles sanciones penales.

Adicionalmente, vale la pena señalar que los términos en los cuales se aplica el programa de delación en Colombia dependen en gran parte del análisis efectuado por la Delegatura de Protección de la Competencia. En particular, el Decreto 2896 de 2010 señala en su artículo 7, que la evaluación condicional y preliminar de mérito para conceder o negar la exoneración total de la multa recae sobre el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Sobre este punto, resultaría de gran importancia en pro de la transparencia y efectividad del programa que se especificara qué tipo de herramientas o criterios de análisis serán empleados para tal fin.

Asimismo, se encuentran otros elementos susceptibles de ser mejorados puesto que podrían ir en detrimento de la efectividad del programa de delación en Colombia, como es el plazo para presentar la solicitud para el programa luego de efectuarse la conducta, y la falta de criterios precisos sobre las condiciones de uso del programa, ya que hay elementos que siguen siendo discrecionales.

Hasta junio de 2013, ante la SIC no se ha hecho uso del programa de delación. Esto podría ser explicado por las falencias anteriormente señaladas. No obstante, la preocupación de no tener hasta el momento ningún caso de uso del programa de delación en Colombia no sólo genera preocupación en cuanto al mercado doméstico, sino que el débil ejercicio del programa de clemencia podría tener un impacto en otros mercados, e incluso podría indirectamente estar favoreciendo la estabilidad de carteles internacionales como se señaló anteriormente.

De este modo, la siguiente sección presentará un breve análisis del programa de delación de EE.UU., así como una breve revisión de los términos del acuerdo de libre comercio en torno a la política de competencia, con el fin de identificar posibles falencias o asimetrías de los esquemas de delación que puedan incidir sobre la persecución de carteles entre estas jurisdicciones.

El Programa de delación en los Estados Unidos

El programa de clemencia en los Estados Unidos fue implementado en 1989 y revisado en 1993 para el esquema del programa corporativo y en 1994 para el programa de personas naturales. Este programa permite a los agentes que hayan cometido una violación criminal del Artículo 1 de la Ley Sherman, participar en un acuerdo con la autoridad en el cual se comprometen a revelar información clave en el proceso de investigación a cambio de amnistía sobre el proceso de sanción.

Desde 1978, la División Antimonopolio del Departamento de Justicia (US Antitrust Division of the Department of Justice) "ha permitido la posibilidad de evitar las sanciones penales si se han producido condiciones específicas" (Motta & Polo, 2003, pág. 347). Por lo tanto, se trata de un programa de amnistía total a los agentes y los incentivos para revelar la información presentarían diferencias sustanciales con respecto al modelo de delación en Colombia.

De acuerdo con Motchenkova (2004) entre las revisiones que se hicieron al programa de delación se destacan 3 elementos: i) la amnistía es automática si no hay investigación pre-existente, ii) la amnistía todavía puede estar disponible incluso si la cooperación se inicia después de la investigación está en curso, y iii) todos los funcionarios, directores y empleados que colaboren están protegidos de la persecución penal.

Lo anterior sería indicativo de una gran asimetría en términos del tipo de amnistía que ofrece la autoridad norteamericana de competencia, con la establecida en el régimen colombiano, en particular en torno al delito penal, contrastado con los beneficios por colaboración otorgados por la autoridad colombiana. Esto, en un contexto multi-mercado podría generar incentivos en un cartel a delatar el acuerdo en el mercado norteamericano, logrando así la exención de la multa e incluso la amnistía del delito penal, mientras que puede apalancar las ganancias del acuerdo colusorio en un mercado como el colombiano, en el cual la estructura de incentivos es diferente.

Si bien el carácter de delito penal de los acuerdos colusorios puede tener un carácter disuasivo sobre los agentes, la posibilidad de una amnistía total permea los incentivos de los agentes y reduce el valor esperado de la sanción del cartel, mientras puede sostener las ganancias del acuerdo apalancándose en otros mercados, delatando el acuerdo sólo en uno de los mercados.

De otra parte, es importante señalar que en términos del monto de la multa, la sanción en Estados Unidos de acuerdo con el Departamento de Justicia de Estados Unidos pasó de 10 millones de dólares a 100 millones de dólares en 2004, mientras que la sanción en Colombia por infracciones al régimen de competencia tiene como tope máximo 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes, o hasta el 150% de la utilidad derivada de la conducta adelantada por el infractor. Si se expresan los montos anteriores con una TRM promedio de 1.831 pesos/dólares⁵ y un salario mínimo de \$589.000 pesos, indicaría que el tope de la multa en el mercado norteamericano sería del orden de \$183.100 millones de pesos mientras la multa colombiana sería de \$58.900 millones de pesos, lo que sugeriría una diferencia en pesos corrientes de 2013 de \$124.200 millones de pesos.

Retomando lo señalado por Motchenkova (2004) las fortaleza de las sanciones y del ejercicio de la ley son clave para mitigar el riesgo de colusión, sin embargo, estas

⁵ Promedio año corrido tomado del Sistema Estadístico del Banco de la República: http://www.banrep.gov.co/es/series-estadisticas/see_ts_trm.htm

asimetrías en cuanto al monto de la sanción así como la exención del delito penal como se vio antes, favorecería los incentivos a declarar el acuerdo en un mercado y seguir manteniendo los beneficios de la cartelización en terceros mercados. De forma similar, Spagnolo (2005) señala que cuando los programas son suficientemente generosos, también aumentan directamente incentivos de los agentes a desviarse de forma unilateral y reportar información.

Adicionalmente, la sanción de Estados Unidos no solo resulta ser tres veces mayor a la impuesta por la autoridad colombiana en el caso de imponer la multa máxima, sino que en ese mercado la sanción se refuerza por el hecho de contar con la regla de triplicar los daños a la hora de indemnizar los perjuicios derivados del acuerdo.

De otra parte, en términos de la celeridad que se promueve por parte de la autoridad de competencia en Estados Unidos y la de Colombia, se encuentra una diferencia sustancial. Si bien en ambos casos la empresa líder de la actuación anti competitiva o el hostigador de la conducta no puede participar del programa de delación, en Estados Unidos solamente la primera empresa que se acerque a la autoridad y cumpla con los requisitos puede ser parte del programa de delación.

De acuerdo con el Departamento de Justicia de Estados Unidos (2008), bajo la política que sólo la primera corporación puede participar del programa de delación *“there have been dramatic differences in the disposition of the criminal liability of corporations whose respective leniency applications to the Division were very close in time”* (Department of Justice, 2008, pág. 3).

En Colombia, a diferencia del esquema estadounidense se admite que distintas empresas partícipes del acuerdo se acerquen a la autoridad y tengan algún tipo de amnistía. Esta estructura de incentivos si bien promueve el interés de los agentes por intentar el primer lugar para lograr la exención total, ofrece un margen de tiempo y de negociación para quienes se acerquen en segundo, tercer o cuarto lugar.

Esta asimetría podría incidir en una menor presión a acercarse a la autoridad colombiana por parte de los agentes, comparado con la urgencia que prima en el esquema norteamericano. En una estructura multi-mercado, el hecho de ofrecer reducciones positivas a los agentes que participan del acuerdo y se acercan a la autoridad colombiana podría generar un proceso de prolongación del cartel.

En efecto, podría esperarse que los agentes coludidos tengan más incentivos a disputarse el primer lugar y tener la posibilidad de una amnistía total en el mercado norteamericano donde las sanciones son más elevadas y se puede incluso eximir del delito penal. Esta asimetría podría conducir a que los agentes coludidos dilaten el proceso de denuncia en el mercado colombiano y se prolongue la duración del cartel mientras se extraen rentas del acuerdo, dado que aunque ocupen un tercer o cuarto lugar en acercarse a denunciar, el valor esperado de la reducción de la sanción será positivo.

No obstante, también sería importante tener en cuenta que en una estructura multi-mercado, resulta importante considerar que los agentes del acuerdo que se vean afectados por la denuncia de otros participantes del acuerdo tendrían incentivos para tomar represalias en el otro mercado donde esté vigente el acuerdo. Dicha represalia podría darse en el mercado o ante la autoridad de competencia. Sin embargo, dado que el carácter penal del delito se conserva a pesar de la exención de las multas en Colombia, el acercamiento ante la autoridad no parecería operar como una mejor respuesta por parte de los agentes coludidos.

Como se observa anteriormente, en un contexto de transacciones y contacto multi-mercado, las asimetrías de los programas de delación pueden tener incidencia en la estabilidad de los carteles internacionales así como en la duración y extracción de rentas de los mismos.

Por lo anterior, y recogiendo lo señalado por Choi y Gerlach (2012), los esquemas de cooperación entre las autoridades de competencia, y las asimetrías entre los programas de clemencia y el ejercicio de la ley pueden influir en la aplicación de políticas en un contexto internacional. Esto enfatiza en la importancia de contar con programas de cooperación entre las autoridades de competencia, promoviendo la transparencia entre las actuaciones de diferentes jurisdicciones para aunar esfuerzos en la lucha contra los carteles internacionales.

Teniendo en cuenta las consideraciones hechas anteriormente, se procederá a analizar brevemente los términos de cooperación pactados entre Estados Unidos y Colombia en el marco del TLC.

DE LA COOPERACIÓN MEDIANTE LOS ACUERDOS DE LIBRE MERCADO (TLC COLOMBIA – ESTADOS UNIDOS)

El TLC entre Estados Unidos y Colombia establece en su capítulo 13 algunas disposiciones sobre competencia. En particular, en torno a la cooperación en temas de protección de la competencia de los mercados, el artículo 13.3 señala que las partes

[R]econocen la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus respectivas autoridades para lograr la aplicación efectiva de la legislación de libre competencia en la zona de libre comercio (...) Cooperarán en asuntos relativos a la aplicación de la legislación de libre competencia, incluyendo la notificación de casos que afecten intereses importantes de otra Parte, consultas e intercambio de información relacionada con la aplicación de la legislación y las políticas de competencia de cada Parte (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2007).

Lo anterior, está en línea con lo señalado por Choi y Gerlach (2012) quienes destacan el efecto de la cooperación entre las distintas agencias de competencia como un mecanismo eficaz para aumentar la probabilidad de detección de los carteles y generar incentivos a delatar los acuerdos. No obstante, las condiciones siguen siendo muy generales para soportar, una verdadera coordinación entre las agencias. En la medida en que este tipo de apoyo e intercambio de información sea más sólido y estable, no sólo mediante acuerdos de libre comercio, sino en otros contextos, como los acuerdos de inversión y otras alianzas estratégicas, aumentará la probabilidad de detección de mercado de los cárteles internacionales.

De esa forma, los programas de cooperación deberán estar orientados, a crear esquemas multilaterales que modifiquen los incentivos de los agentes a coludir y a mantener el acuerdo. Esto, toma aún más importancia dado que como lo señalan Akinbosoye, Bond y Syropoulos (2012), los procesos de liberalización de mercados, como los tratados de libre comercio, podrían favorecer la estabilidad de los carteles internacionales. Por esa razón, resulta de vital relevancia que el proceso de liberalización de mercados esté paralelamente soportado en un ejercicio conjunto de las autoridades de competencia con el fin de aunar esfuerzos para la persecución de carteles internacionales.

Akinbosoye, Bond y Syropoulos (2012) señalan que este fenómeno no es un hecho aislado, puesto que durante 1985 y 2005, más de un tercio de los carteles nacionales también incluyeron firmas extranjeras y más de tres cuartos de los carteles que incluyeron firmas extranjeras fijaron precios tanto en el mercado de Estados Unidos como en mercados extranjeros.

De acuerdo con estos autores, en un análisis de un juego infinitamente repetido con mercados segmentados en un modelo de duopolio, podría generarse colusión multi-mercado como un resultado no cooperativo. Según estos autores, un proceso de liberalización de comercio podría resultar incluso en un efecto pro-colusión⁶, debido al hecho de que las firmas siempre limitarían el precio en sus mercados de exportación cuando se violara el acuerdo pactado en el cartel y dicha transferencia de precios sería mucho más efectiva ante la eliminación de barreras comerciales.

Un resultado similar obtienen Bond y Syropoulos (2008) al observar que la liberalización de comercio podría ser pro-colusión cuando los costos de comercio son significativamente bajos. Así mismo, encuentran que “when trade barriers are sufficiently high — so that the cartel chooses to engage in geographic collusion — the reduction of trade barriers below the level that deters deviation by exporters will make it more difficult to sustain cartel” (Bond & Syropoulos, 2008, pág. 31).

De esa forma, ante importantes asimetrías en los programas de delación que generan diferentes incentivos en los agentes a delatar los acuerdos o prácticas anticompetitivas en

⁶ Este resultado lo obtienen bajo un mercado de bienes homogéneos.

los mercados, y frente a los procesos de liberalización comercial, pueden derivarse algunas preocupaciones sobre la efectividad de la política de delación y la persecución de los carteles internacionales. En particular, se perciben algunos riesgos al promover prácticas pro-colusión y la extracción de rentas derivadas de dichos acuerdos, ante la posibilidad de tener contactos multi-mercado que apalanquen la rentabilidad de los acuerdos, a pesar de que los agentes delaten en acuerdo ante una autoridad de competencia.

Conclusiones

A lo largo del presente documento se expusieron los programas de delación en un contexto multi-mercado, al igual que las posibles preocupaciones y riesgos en torno a los incentivos pro-colusión que podrían derivarse de las asimetrías de los programas de delación entre distintas jurisdicciones.

En particular, se observó que en diferentes contextos dichas asimetrías pueden afectar el comportamiento de los agentes y la dinámica entre los mercados, así como podrían ser riesgosas para la aplicación efectiva de la política de competencia transfronteriza.

Específicamente, el modelo de delación colombiano podría fortalecerse en varios aspectos para superar posibles elementos que podrían llegar a incidir sobre la efectividad del programa no sólo en Colombia sino en otros mercados conexos. En particular, el programa colombiano podría trabajar sobre algunos elementos que podrían afectar los incentivos de los agentes a acercarse al programa de delación como el carácter penal del delito, el monto de las sanciones y la extensión de beneficios por colaboración a otros agentes diferentes al primero en delatar el acuerdo. Lo anterior, en vista de que, como se expuso a lo largo del documento, esquemas de incentivos asimétricos entre los mercados podrían convertirse en una facilidad para la estabilidad de carteles internacionales, extrayendo rentas del acto colusorio mientras se denuncia en otra jurisdicción y se obtienen las ventajas del programa de delación.

Ante estas posibles asimetrías, la herramienta clave para fortalecer el ejercicio de la ley, la lucha contra los carteles internacionales y la aplicación efectiva de la política de competencia es la cooperación entre las autoridades responsables. De lo contrario, mercados con programas de delación más débiles podrían convertirse en promotores de la estabilidad de posibles carteles internacionales.

Referencias

Akinbosoye, O., Bond, E., & Syropoulos, C. (2012). On the stability of multimarket collusion in price-setting supergames. *International Journal of Industrial Organization*, 30(2), 253-264.

Aubert, C., Rey, P., & Kovacic, W. (2006). The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels. *International Journal of Industrial Organization*, 24(6), 1241-1266.

Bond, E., & Syropoulos, C. (2008). Trade costs and multimarket collusion. *The RAND Journal of Economics*, 39(4), 1080-1104.

Borrel, J., Jimenez, J., & García, C. (2012). Evaluating antitrust leniency programs. Document de Treball XREAP 2012-01.

Brenner, S. (2009). An empirical study of the European corporate leniency program. *International Journal of Industrial Organization*, 27(6), 639-645.

Choi, J., & Gerlach, H. (2012). Global cartels, leniency programs and international antitrust cooperation. *International Journal of Industrial Organization*, 30(6), 528-540.

Department of Justice. (2008). "Frequently asked questions regarding the antitrust division's leniency program and model leniency letters. Recuperado de: <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239583.htm>

Dijkstra, P., & Schoonbeek, L. (2009). Amnesty Plus and Multimarket Collusion. University of Gronigen Doctoral Research, 1-43. Recuperado de: https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIOC2011&paper_id=431

Evenett, S., Levenstein, M., & Suslow, V. (2001). International cartel enforcement: lessons from the 1990s. *The World Economy*, 24(9), 1221-1245.

Klein, G. (2010). Cartel desestabilization and leniency program -empirical evidence. ZEW discussion paper, 10-107.

Lefouilli, Y., & Roux, C. (2012). Leniency programs for multimarket firms: the effect of amnesty plus on cartel formation. *International Journal of Industrial Organization*, 30(6), 624-640.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (2007). Texto Acuerdo TLC Estados Unidos - Colombia. Capítulo 13. Recuperado de: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=727>

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. (2009). Ley 1340 de 2009. Diario Oficial 47.427. Bogotá.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (2010). Decreto 2896 de 2010. Diario Oficial 47.607. Bogotá.

Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de la Protección Social, DNP, DAFP. Ley 1474 de 2011. Diario Oficial 48.128. Bogotá.

Motchenkova, E. (2004). Effects of leniency programs on cartel stability. CentER Discussion Papers Tilburg University, 2004-98.

Motta, M., & Polo, M. (2003). Leniency programs and cartel prosecution. *International Journal of Industrial Organization*, 21, 347-379.

Polo, M. & Motta, M. (2005). Leniency programs Working paper Barcelona Graduate School of Economics. 1-12 Recuperado de: http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta_leniency.pdf

Roux, C., & Ungern-Sternberg, T.-V. (2007). Leniency programs in a multimarket setting: amnesty plus and penalty plus. CESifo working paper., 1995. Recuperado de: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=992686>

Spagnolo, G. (2004). Divide et Impera: Optimal Leniency Programs. CEPR Discussion Papers, 4840. Recuperado de: <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/GiancarloSpagnolo.pdf>