

UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA DE LA POLÍTICA DE CLEMENCIA

Jorge PADILLA
Alejandro REQUEJO
Nadine WATSON
LECG

RESUMEN

Los programas de clemencia otorgan inmunidad o reducciones en las sanciones a las empresas que denuncian la existencia de un cártel. Las reducciones son más generosas, e incluso completas, cuando las autoridades no cuentan con información sobre la actividad ilegal. Este artículo ofrece una reflexión sobre estos mecanismos como herramienta de lucha contra los cárteles a la vista de la reciente experiencia europea y americana, y de las predicciones que ofrece el análisis económico.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, los programas de clemencia se han convertido en una de las principales herramientas en la lucha contra los cárteles. España ha sido uno de los últimos países en sumarse a esta tendencia

* Agradecemos los comentarios de Elena ZOIDO y la ayuda de Francesc GÓMEZ-LANDERO en las labores de investigación que han servido como base para la elaboración de este artículo. Las opiniones vertidas en él son responsabilidad exclusiva de los autores.

con la instauración un programa de este tipo mediante la Ley de Defensa de la Competencia aprobada en 2007. Con la introducción de este programa, España se suma a la larga lista de Estados miembros de la Unión Europea en los que se concede inmunidad o reducciones sustanciales en la cuantía de las multas a empresas que, habiendo participado en un cártel, lo denuncien y aporten pruebas que permitan sancionar al resto de sus miembros¹.

El endurecimiento de las medidas destinadas a la persecución y sanción de cárteles no debería sorprendernos. Si hay un aspecto sobre el que parece existir un consenso generalizado en las normativas de competencia es la necesidad de combatir los acuerdos colusivos entre supuestos competidores. No obstante, en la práctica, no suelen ser éstas las investigaciones más frecuentes, ya que este tipo de acuerdos resultan difíciles de detectar y más complicados aún de probar. No es sencillo para las autoridades reunir evidencia respecto a los mecanismos que han permitido a las empresas coordinar sus esfuerzos, cómo han operado dichos mecanismos y qué efecto han tenido sobre los consumidores. En esta línea, las autoridades buscan instrumentos que contribuyan a hacer más eficaces sus esfuerzos en la lucha contra este tipo de acuerdos y los programas de clemencia se han convertido en una herramienta clave en su detección y persecución.

En esta ponencia reflexionamos sobre el papel de estos programas de clemencia en la persecución de los cárteles de acuerdo a las predicciones de la teoría económica y la evidencia empírica al respecto. La hemos estructurado de la siguiente forma. La sección I aporta una perspectiva económica sobre la utilidad y posibles efectos de los programas de clemencia. La sección II sugiere elementos para la reflexión respecto a qué aspectos resultan claves para el éxito de un programa de este tipo, a la luz de la experiencia europea y americana. Por último, en la sección III concluimos.

2. LA RACIONALIDAD ECONÓMICA DE LOS REGÍMENES DE CLEMENCIA

Los regímenes de clemencia consisten básicamente en descuentos sobre las sanciones que reciben individuos o empresas involucradas en cárteles, a cambio de interrumpir su participación en la práctica ilegal y de cooperar de manera activa con las autoridades en la investiga-

¹ Así, España se une a Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, la República Checa, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Holanda, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Suecia y el Reino Unido, países en los que estos programas de clemencia ya están en marcha.

ción². La regulación vigente en Estados Unidos y Europa comparte ciertos rasgos:

- a) Es posible obtener descuentos sobre las sanciones tanto antes como después de que se abra una investigación formal, si bien el descuento suele ser más generoso si una empresa proporciona información cuando la autoridad no cuenta con evidencia sobre las actividades ilegales.
- b) El primer informador suele recibir un tratamiento más generoso, incluyendo la inmunidad total.
- c) La inmunidad requiere que el informador no haya ejercido ningún tipo de coacción sobre otras empresas para obligarles a unirse al acuerdo.
- d) Una vez que se inicia la cooperación, las empresas deben cesar su participación en el cártel, y cooperar de forma completa y continuada con las autoridades.

Siguiendo el ejemplo de Estados Unidos (donde se introdujo la política de clemencia en 1978), múltiples jurisdicciones han instaurado desde entonces programas de clemencia, en lo que algunos comentaristas no han dudado en clasificar como la «*leniency revolution*»³. ¿Por qué se ha extendido su uso tan rápidamente? Fundamentalmente, por su utilidad como herramienta de detección. Sin embargo, los efectos de estos programas son más complejos y ambiguos de lo que parece a simple vista. A continuación, analizamos las predicciones de la teoría económica respecto a: 1) sus posibles efectos *ex post* sobre la viabilidad de acuerdos ya existentes, y 2) su posible efecto *ex ante* sobre la formación de este tipo de acuerdos.

A) Efectos *ex post*

Los programas de clemencia pueden ser muy útiles en la lucha contra los cárteles ya existentes al introducir un elemento desestabilizador y al reducir los costes de investigación.

a) Efecto desestabilizador

Los programas de clemencia pueden tener efectos inmediatos sobre los cárteles ya operativos, desestabilizándolos al desencadenar entre los

² Los programas de clemencia no eximen de posibles reclamaciones de daños por vía privada. Aunque las multas y sanciones impuestas por las autoridades se reduzcan a cero, no se elimina por completo el riesgo de daños elevados, lo que puede reducir la efectividad de los programas de clemencia.

³ Vid. SPAGNOLO (2006).

participantes en el cártel una «carrera» por cooperar con las autoridades. El motivo es que el miembro que confiesa su participación y delata a otros integrantes del mismo recibe una recompensa en forma de reducción (o exención) en su sanción. Así, se crea un dilema del prisionero entre los participantes en el cártel: para todos ellos es preferible que el acuerdo se mantenga operativo, pero ante el riesgo de que los demás confiesen su existencia, la mejor opción es confesar también. Es decir, ante la posibilidad de que otros miembros del cártel denuncien su existencia, todas las empresas tienen incentivos a hacerlo ellas mismas.

De este modo, si los programas de clemencia son efectivos, mejoran el bienestar al lograr que cese la actividad colusoria. Pero ¿bajo qué circunstancias inducen estos programas a que sus miembros denuncien su existencia? En la práctica, cuando:

- La probabilidad de detección es elevada, de tal forma que la opción de denunciar el cártel sea más valiosa que continuar participando⁴.
- El primer delator recibe la mayor la recompensa⁵.

En cuanto a la probabilidad de detección, la teoría económica señala que es la percepción de las empresas de la probabilidad de detección (probabilidad subjetiva) la que tiene un efecto desestabilizador sobre los acuerdos colusivos y no la probabilidad real u objetiva⁶. En este sentido, la literatura económica y psicológica ha identificado dos formas en las que las Autoridades pueden incrementar la probabilidad de detección percibida a bajo coste: i) publicitando ampliamente los casos en los que se ha probado la existencia de un acuerdo colusivo y se han impuesto multas, y ii) siguiendo una política de investigaciones aleatorias (además de aquéllas fundadas en sospechas y evidencia)⁷.

La motivación de las empresas por delatar la actividad colusiva es mayor cuanto más amplia es la diferencia entre la exención obtenida por el primer delator y las exenciones obtenidas por los demás. La maximización de los incentivos a ganar la *carrera hasta el juzgado* cons-

⁴ Vid. MOTTA y POLO (2003).

⁵ Vid. SPAGNOLO (2004).

⁶ Vid. RABIN (1998, 2002).

⁷ Tal y como muestran KAHNEMAN y TVERSKY (1973, 1974) y KAHNEMAN, TVERSKY, SLOVIC (1982), la formación de creencias en cuanto a probabilidades está altamente condicionada por la disponibilidad de información y, por ello, es muy frecuente que individuos (y en la práctica también los gerentes de empresas) basen sus estimaciones en percepciones subjetivas tomando como base fuentes de información cercanas y experiencias personales, y sobreponderando la representatividad de información notoria o concerniente a personas (o empresas) famosas. Asimismo, MULLAINATHAN (2002) indica que los individuos, que tienen memoria limitada, tienden a sobreponderar la importancia de los casos fáciles de recordar o que son citados a menudo. MULLAINATHAN también indica que las empresas tienden a asociar las preguntas de las autoridades con posibles multas, lo cual incrementaría la eficacia de la publicidad y de las inspecciones aleatorias.

tituye la razón fundamental por la que en la actualidad los programas de clemencia ofrecen una exención total, e incluso premios, al primer delator.

No obstante, es necesario tener en cuenta que la existencia de exenciones puede tener el efecto contrario al deseado proporcionando un mecanismo de castigo que incrementa la estabilidad de los acuerdos colusivos. La existencia de un programa de clemencia permite a los integrantes de un cártel utilizar el delato como una amenaza ante una desviación por parte de alguno de los miembros del cártel respecto a lo acordado⁸. Éste podría ser un mecanismo de castigo creíble para asegurar la estabilidad del acuerdo.

b) Reducción de los costes de investigación

Además de este primer efecto desestabilizador, la cooperación de los participantes en el cártel con las autoridades puede tener efectos socialmente beneficiosos al permitir reducir los costes de investigación⁹. Gracias a los programas de clemencia, la detección de estos acuerdos no se basa en indicios, sino en pruebas y testimonios aportados por uno o varios de los integrantes del cártel que confirman su existencia y describen con detalle su funcionamiento. El resultado es un aumento de la eficiencia y de la eficacia de la actuación de las autoridades, ya que se obtiene evidencia más rica sobre la que apoyar una posible sanción, o, al menos, la evidencia se obtiene a un coste menor.

Es más, la propia existencia de los programas de clemencia puede incentivar a las empresas a conservar información potencialmente incriminatoria. En ausencia de programas de este tipo, las empresas no tienen incentivos a guardar documentos que demuestren su participación en el cártel¹⁰. Si dichos documentos son descubiertos por las autoridades, la existencia de esta evidencia directa sólo puede empeorar la situación de la empresa, al permitir sustanciar con más facilidad las posibles alegaciones contra ella. Sin embargo, puede ser perfectamente racional almacenar evidencia directa de la participación en un acuerdo colusivo en el contexto de un programa de clemencia, como forma de mantener la opción de acogerse a él en el futuro. De este modo, el programa de clemencia puede ser instrumental para garantizar la existencia de información que permita demostrar las prácticas colusivas, incrementando la

⁸ Vid. MOTTA y POLO (2003) y ELLIS y WILSON (2002).

⁹ Vid. KAPLOW y SHAVELL (1994) y MOTTA y POLO (2003).

¹⁰ Excepto si es necesario para organizar y controlar el cártel. Vid. AUBERT, KOVACIC y REY (2006).

probabilidad de que las autoridades logren encontrar esta evidencia a través de otros métodos (inspecciones, por ejemplo).

En definitiva, los programas de clemencia son útiles para 1) lograr detectar y castigar a los cárteles, y 2) reducir los costes de investigación asociados a dicha tarea. La existencia de descuentos para delatores adicionales al primero potencia la reducción de los costes de investigación pero, como veremos más adelante, mitiga el efecto del programa de clemencia sobre la probabilidad de detección.

B) Efectos *ex ante*

Si bien los efectos *ex post* de los programas de clemencia son inequívocos, en el sentido de incrementar el bienestar social mediante una detección más efectiva y una reducción de los costes de investigación, las predicciones de la teoría económica no son tan concluyentes en lo que respecta a la contribución de los programas de clemencia a la disuasión de la formación de cárteles. Estos programas incrementan los costes de gestionar un acuerdo y hacen la colusión más arriesgada pero al mismo tiempo reducen la penalización por la participación en un cártel.

a) Incremento de los costes de coordinación

Las políticas de clemencia pueden dificultar la formación de cárteles al incrementar los costes asociados a su creación y gestión por varios motivos. A continuación, señalamos algunos de ellos¹¹.

- Los programas de clemencia no permiten la exención de multas a los instigadores o líderes del acuerdo. En consecuencia, ofrecen incentivos a las empresas para eludir el rol de liderazgo y, por tanto, dificultan la creación del cártel. Además, la posibilidad de que los integrantes del acuerdo conserven evidencias incriminatorias les obliga a realizar encuentros en persona, en lugar de por escrito, lo cual dificulta y encarece la gestión del acuerdo.
- Por otra parte, los programas de clemencia pueden aumentar de forma muy notable los costes de gestión de los cárteles si, además de las exenciones o descuentos en multas a las empresas, se ofrecen recompensas de tipo individual. De esta manera, cada empresa participante en el cártel tendría que implementar mecanismos para

¹¹ Vid. SPAGNOLO (2004).

evitar que los empleados informados de la existencia del acuerdo delatasen las actividades colusivas de su propia empresa¹².

b) Incremento de la probabilidad de detección y de castigo

La probabilidad de detección se incrementa como resultado de los programas de clemencia, haciendo la colusión más arriesgada y por tanto menos atractiva que en su ausencia¹³.

- La existencia de estos programas permite a las autoridades obtener una mejor y más completa información sobre la naturaleza de las infracciones y, por tanto, aumentar la probabilidad de probar la existencia del acuerdo con evidencia suficiente y, de este modo, imponer multas difíciles de recurrir ante los tribunales.
- Asimismo, es concebible que, si se produce un aumento de la evidencia incriminatoria, el monto total de las multas impuestas sea más elevado, incluso una vez descontadas las exenciones y reducciones con motivo de la aplicación del programa, resultado que haría la colusión menos atractiva *ex ante*.

En definitiva, la introducción de estos programas altera la relación entre el coste y el beneficio esperado de la colusión, al hacer más atractivas las desviaciones y facilitar la transmisión de información a las autoridades.

c) Reducción en la sanción esperada

Pero éstos no son los únicos efectos posibles derivados de la existencia de estas políticas de clemencia. La reducción de las multas a cambio de la cooperación de los integrantes del acuerdo colusivo tiene un efecto negativo sobre el nivel de las sanciones. De este modo, los programas de clemencia reducen las multas esperadas, con lo que la colusión resulta menos costosa desde un punto de vista *ex ante*, amortiguando el efecto disuasorio de las multas¹⁴. Este efecto no podría ser atenuado mediante un incremento aún mayor en el valor de las multas debido a las posibles repercusiones sobre las decisiones de inversión de las empresas¹⁵.

¹² Vid. AUBERT, KOVACIC y REY (2006).

¹³ Vid. HARSANYI y SELTEN (1988).

¹⁴ Vid. MOTTA y POLO (2003).

¹⁵ Una multa excesivamente alta puede tener implicaciones negativas para el bienestar social si, como consecuencia de ella, las empresas afectadas modifican sus decisiones reales de inversión, empleo, etc. Puede encontrarse una discusión sobre el efecto de las multas y disputas en las decisiones reales de las empresas en CUTLER y SUMMERS (1988), HEITOR, CAMPELLO y WEISBACH (2004) y PADILLA y REQUEJO (2000).

En resumen, el efecto de los programas de clemencia sobre la formación de acuerdos colusivos es ambiguo ya que, por una parte, aumenta los costes de coordinación y la probabilidad de detección pero, por otra, reduce la sanción esperada y proporciona un mecanismo adicional de represalia a los participantes del cártel.

3. LA EXPERIENCIA EN LA APLICACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA

Desde un punto de vista teórico, los efectos de los regímenes de clemencia sobre el bienestar son ambiguos. Sin embargo, la percepción generalizada es que su aplicación ha incrementado significativamente la efectividad de las autoridades en la lucha contra los cárteles en Europa y Estados Unidos. Analizamos a continuación la experiencia en estas jurisdicciones.

A) Estados Unidos

El Departamento de Justicia americano fue pionero en la creación de programas de clemencia, y desde 1978 otorga inmunidad a los infractores que transmiten información a las autoridades¹⁶. En sus inicios, el éxito de este programa fue limitado (por término medio se recibía una solicitud de clemencia al año), lo que motivó su revisión en 1993. En concreto, se incrementó la transparencia y se optó por un mecanismo de clemencia más generoso, que 1) recompensa a las empresas de manera automática si proporcionan información antes de que se inicie una investigación, ponen fin a su participación en el cártel e indemnizan a las partes afectadas siempre y cuando no se pruebe que hayan sido instigadoras de la formación del acuerdo ni hayan obligado a otras empresas a adherirse a él; y 2) introduce la posibilidad de conceder recompensas a la primera, y sólo a la primera, empresa que aporte valor añadido a la investigación entregando información con posterioridad al inicio de la investigación¹⁷.

Estos cambios tuvieron un efecto inmediato, y, si bien no es fácil separar el impacto del nuevo programa de clemencia de otros instrumentos de persecución de los cárteles (como el incremento en las sancio-

¹⁶ Los cárteles son infracciones criminales en Estados Unidos y las sanciones incluyen penas de prisión para los gestores de las empresas involucradas.

¹⁷ Este programa se complementa con un programa de clemencia individual, introducido en 1994, y que ofrece a los individuos involucrados la posibilidad de solicitar y recibir amnistía de forma independiente de su empresa.

nes), lo cierto es que el número de solicitudes se ha multiplicado desde entonces por más de diez, y el número de casos tramitados ha crecido sustancialmente¹⁸. Los logros de este programa de clemencia han sido ampliamente discutidos en numerosos discursos e informes¹⁹.

Sin embargo, la evidencia empírica sistemática e independiente al respecto es escasa. MILLER (2007) presenta el análisis más ambicioso y convincente hasta la fecha²⁰. A partir de un modelo teórico del comportamiento de un cártel, MILLER deriva predicciones respecto a las tasas de formación y detección de los cárteles y el impacto de la introducción de los programas de clemencia sobre ellas. Sus resultados confirman que, controlando por varios factores que pueden influir en las tasas de detección de cárteles (condiciones económicas, presupuesto de la División *Anti-trust* del Departamento de Justicia), el programa de clemencia incrementó la detección de los cárteles y su disuasión. Se observa que de forma inmediata tras su introducción se incrementaron los cárteles descubiertos. El autor estima, mediante un modelo estructural, que la tasa de formación de cárteles se redujo en un 59 por 100 y la tasa de detección se incrementó en un 62 por 100 tras la introducción del programa de clemencia.

B) Europa

A la vista del éxito de la experiencia americana, la Comisión Europea introdujo un procedimiento de clemencia en Europa en 1996²¹. Aunque ya con anterioridad se concedían reducciones en las multas a cambio de cooperación en las investigaciones, es entonces cuando esta política se sistematiza, con la introducción de reducciones de entre el 10 y el 100 por 100 según el momento en que la información es aportada (antes o después de la apertura de una investigación o la realización de una inspección) y según el tipo de evidencia proporcionada a la autoridad.

En sus inicios, el programa no cumplió con las expectativas, y a pesar de que este programa se ha aplicado en alrededor de 37 decisiones relacionadas con cárteles de las 47 adoptadas desde 1998, el consenso es que no se lograron los objetivos perseguidos.

¹⁸ Por ejemplo, desde 1993 el número de casos de fijación de precios investigados se ha multiplicado por veinte, con multas que pasaron de los 23 millones de dólares en 1993 a más de 1.000 millones de dólares en 1999.

¹⁹ Se pueden encontrar discursos de S. D. HAMMOND y G. SPATLING en <http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal.htm>. Varios informes de la OCDE contienen también información al respecto. OECD (2002b); OECD (2003).

²⁰ Vid. MILLER (2007).

²¹ *Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases.*

BRENNER (2005) analiza los efectos de este programa en profundidad. Sus resultados sugieren que los de este programa fueron ambiguos. Por un lado, la evidencia indica que los incentivos a revelar información aumentaron, de manera que aquella obtenida por las autoridades sobre la existencia de actividades ilegales mejoró. A pesar de ello, BRENNER encuentra que las reducciones de costes de investigación fueron modestas. Por otro lado, la evidencia no indica que el programa de clemencia incrementara la fragilidad de los cárteles ni que tuviera un efecto desincentivador sobre su formación²².

El relativo fracaso de este programa se atribuye a su poca transparencia y a la discrecionalidad tanto de la política sancionadora vigente como de las reducciones con las que se recompensaba la cooperación con las autoridades. Desde entonces, se han acometido dos reformas buscando corregir estos problemas y mejorar la eficiencia del procedimiento. En 2002 se incrementó su transparencia y certidumbre, mediante la introducción de la posibilidad de inmunidad plena y alineando las reducciones con el momento del tiempo en que se aportaba la información y, en 2006, se llevó a cabo una reforma adicional que aclaró la naturaleza de la información a aportar y el ámbito del deber de cooperación de los solicitantes. Asimismo, se introdujo la posibilidad de acuerdos directos (*settlements*), mediante los que las empresas obtienen reducciones en las multas a cambio de reconocer la infracción y comprometerse a pagar la sanción correspondiente.

Es pronto para juzgar si esta última revisión ha tenido algún impacto, pero lo cierto es que a partir de febrero de 2002 se observó un incremento sustancial en las solicitudes de clemencia: en sólo diez meses, entre febrero y diciembre de dicho año, se registraron más de 20 peticiones, frente a las 16 que tuvieron lugar en los seis años anteriores, entre 1996 y 2002. Desde entonces y hasta diciembre de 2006, la Comisión recibió 167 solicitudes, de las cuales alrededor de la mitad fueron de inmunidad²³. Se habla, por tanto, de que la introducción de las revisiones en el programa de clemencia en 2002 ocasionó un «cambio estructural» en lo que a solicitudes de inmunidad se refiere²⁴.

Asimismo, la entidad de los casos sancionados parece haberse incrementado desde finales de los 90. En años como 1999 o 2000 la Comisión sancionó únicamente dos o tres cárteles cada año²⁵, mientras que

²² Vid. BRENNER (2005).

²³ 87 fueron solicitudes de inmunidad total y 80 de reducción de sanciones. A fecha de diciembre de 2006, seis de ellas se habían traducido en decisiones formales. Vid. *Competition: Commission Leniency Notice - frequently asked questions*.

²⁴ Vid. SPAGNOLO (2006), p. 13.

²⁵ Vid. Comisión Europea, *Informe sobre Política de Competencia*, varios años.

desde el año 2000, esta cifra se ha venido situando entre cinco y nueve casos cada año. Las cifras correspondientes al año 2007 son particularmente llamativas: el importe total de las multas ascendió a más de 3.000 millones de euros, frente a un total de alrededor de 100 millones en 1999. Sin embargo, esta tendencia parece haberse frenado ligeramente en el último año (hasta el 15 de octubre de 2008, se habían impuesto sanciones por un total de 887 millones de euros, en seis casos resueltos)²⁶.

4. ALGUNAS REFLEXIONES

Es complejo evaluar los efectos de la política de clemencia sobre el bienestar social, ya que ello requeriría estimar, por una parte, su efecto disuasorio y, por otra, su posible impacto sobre la probabilidad de detección de aquellos cárteles ya en funcionamiento. La complejidad de este análisis se deriva de la dificultad que entraña identificar y medir los costes de las infracciones *que se habrían producido de no existir un programa de clemencia*, ya que el cambio en el número de cárteles activos como resultado de los programas de clemencia no es observable. Si bien se están comenzando a desarrollar técnicas que permiten superar estas limitaciones, la literatura es todavía incipiente y los resultados escasos. De manera que, si bien la introducción de los programas de clemencia en Europa y Estados Unidos coincidió con un incremento del número de cárteles sancionados y del tamaño de las sanciones impuestas, este hecho no permite asegurar que efectivamente se haya producido un efecto disuasorio. De hecho, un incremento en el número de cárteles sancionados podría ser resultado de una mayor actividad colusoria²⁷. El incremento en el número de cárteles sancionados sí sugiere que se ha producido una reducción de los costes de investigación.

En todo caso, las experiencias americana y comunitaria comparten características comunes que ilustran aspectos prácticos interesantes. Por ejemplo, en ambas jurisdicciones se ha observado un proceso de experimentación y aprendizaje que se ha traducido en frecuentes reformas y modificaciones de los programas de clemencia una vez instaurados. Esto sugiere que las autoridades han ido adaptando el diseño de estos programas y ajustándolos en función de los resultados de su aplicación y con vistas a atenuar la posible reacción a la existencia de estos programas por parte de los participantes en los cárteles, que, anticipando el posible efecto desestabilizador de estas políticas, presumiblemente

²⁶ Vid. <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

²⁷ No debe olvidarse que, si los programas de clemencia tuvieran un éxito completo en términos de disuasión, se observaría una reducción (hasta situarse en cero) en el número de cárteles detectados.

adaptarán sus acuerdos con el objeto de minimizar su impacto e, incluso, de aprovecharlas en su beneficio. Es decir, la introducción de un programa de clemencia requiere que las autoridades reaccionen con agilidad a las tensiones o dificultades que vayan surgiendo en su implementación práctica.

Otra de las lecciones que se desprende de estas experiencias es que las políticas de clemencia son un complemento, y no un sustituto, de otros métodos de recopilar evidencia y del análisis de los efectos de estas prácticas en el mercado afectado. Tanto en Estados Unidos como en Europa la introducción del procedimiento de clemencia coincidió con otras reformas sustanciales en la política de lucha contra los cárteles, tales como la revisión de las sanciones y, en el caso europeo, la creación de una unidad especial dedicada a la persecución de cárteles en la Comisión Europea. Esta complementariedad entre los programas de clemencia y otros instrumentos de lucha contra los cárteles se debe a que las políticas de clemencia funcionan únicamente cuando las empresas perciben un riesgo de que las autoridades de competencia detecten la infracción sin recurrir a las políticas de clemencia. Es decir, las autoridades han tenido que alcanzar un nivel suficiente de credibilidad respecto a su capacidad de detectar y castigar este tipo de violaciones y las multas a las que se enfrentan las empresas deben ser lo suficientemente elevadas como para que la reducción o anulación de las mismas resulte atractiva.

No se debe perder de vista, sin embargo, que de una sanción por parte de las autoridades de competencia se pueden derivar consecuencias civiles y en concreto a reclamaciones por daños y perjuicios. A pesar de que éstas son todavía poco frecuentes en Europa, lo cierto es que se está haciendo un gran esfuerzo en su promoción (prueba de ello es el reciente *White Paper* de la Comisión al respecto)²⁸. Las políticas de clemencia no eximen de este tipo de responsabilidad a las empresas. En la medida en que estas reclamaciones se hagan más numerosas, acogerse al programa de clemencia resultará menos atractivo. Para impedir que la información aportada pueda abrir la puerta a estas reclamaciones (y a pesar de las garantías de confidencialidad de la información por parte de la Comisión), la realidad es que con cada vez más frecuencia se aceptan testimonios orales en lugar de documentos contemporáneos, para incentivar las «confesiones». Este tipo de evidencia es por su naturaleza mucho más difícil de verificar y abre la puerta a falsificaciones y distorsiones. En la práctica, por tanto, la necesidad de evidencia comple-

²⁸ *White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules*, COM(2008) 165, 2 de abril de 2008.

mentaria raras veces desaparece. En todo caso, la exposición a este tipo de reclamaciones exigirá también en la mayoría de los casos un esfuerzo de análisis de mercado para entender y cuantificar los efectos de la práctica analizada.

Además, la experiencia reciente indica que las posibilidades de uso estratégico de estos programas son amplias. Por una parte, se observa que a menudo las empresas retienen información para lograr inmunidad y evitar reclamaciones futuras de daños y perjuicios, o que las solicitudes de clemencia se usan para dañar a los competidores, ya que las sanciones y la investigación suponen costes a los rivales. En algunos casos, los rivales inicialmente acusados han resultado finalmente inocentes, y sólo un análisis de la evidencia de mercado ha permitido dirimir los testimonios contrapuestos.

REFERENCIAS

- AUBERT, C., P. REY, y W. E. KOVACIC (2006), «The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels», *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24: 1241-1266.
- BRENNER, S. (2005), *An empirical study of the European corporate leniency program*. Documento de trabajo.
- CARLTON, D. W., y J. M. PERLOFF (2005), *Modern Industrial Organization*, 4.^a ed., Reading, Mass.: Addison-Wesley.
- Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases. *Official Journal*, C 207, 18/07/1996: 0004-0006, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996Y0718\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996Y0718(01):EN:NOT)
- *Official Journal*, C 45, 19 de febrero de 2002: 3-5, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:045:0003:0005:ES:PDF>
- *Official Journal*, C 298, 8 de diciembre de 2006, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:ES:PDF>
- CUTLER, D., y L. SUMMERS (1988), «The costs of conflict resolution and financial distress: evidence from the Texaco-Pennzoil litigation», *The RAND Journal of Economics*, vol. 19 (2), verano.
- ELLIS, C., y W. WILSON (2002), *Cartels, Price-Fixing and Corporate Leniency Policy: What doesn't kill us makes us stronger*, Manuscrito, Universidad de Oregon.
- HARSANYI, J., y R. SELTEN (1988), *A General Theory of Equilibrium Selection in Games*, Cambridge: MA: MIT Press.
- HEITOR, A.; M. CAMPELLO, y M. WEISBACH, (2004), «The Cash Flow Sensitivity of Cash», *Journal of Finance*, vol. 59(4): 1777-1804.
- KAHNEMAN, D., y A. TVERSKY (1973), «On the Psychology of Prediction», *Psychological Review*, vol. 80, pp. 237-251.

- KAHNEMAN, D.; P. SLOVIC, y A. TVERSKY (1982), *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge: Cambridge University Press.
- KAPLOW, L., y S. SHAVELL (1994), «Optimal Law Enforcement with Self-Reporting of Behavior», *Journal of Political Economy*, vol. 102(3): 583-606.
- MILLER, N. H. (2007), «Strategic Leniency and Cartel Enforcement», *American Economic Review*, de próxima aparición.
- MOTTA, M., y M. POLO (2003), «Leniency programs and cartel prosecution», *International Journal of Industrial Organization*, vol. 21(3): 347-379.
- (2005), «Leniency Programs», en W. D. COLLINS (ed.), *Issues in Competition Law and Policy*, ABA Antitrust Section.
- MULLAINATHAN, S. (2002), «A Memory-Based Model of Bounded Rationality», *Quarterly Journal of Economics*, vol. 117(3): 735-775.
- OECD (2001), «Report on leniency programs to fight hard core cartels». Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/49/16/2474442.pdf>
- (1998), «Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels», C(98)35 FINAL.
- (2002), «Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws», DAFEE/COMP(2002)7.
- (2002), «Fighting hard Core cartels: Harm Effective Sanctions and Leniency Programs».
- (2003), «Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges».
- PADILLA, A. J., y A. REQUEJO (2000), «Financial distress, bank debt restructurings, and layoffs», *Spanish Economic Review*, vol. 2: 73-103.
- RABIN, M. (1998), «Psychology and Economics», *Journal of Economic Literature*, vol. 36(1): 11-46.
- (2002), «A Perspective on Psychology and Economics», *European Economic Review*, vol. 46 (4-5): 657-685.
- SPAGNOLO, G. (2004), «Divide et Impera: Optimal Leniency Programs». CEPR Documento de Trabajo núm. 4.840.
- (2006), «Leniency and whistleblowers in antitrust». CEPR Documento de Trabajo núm. 5.794.
- TVERSKY, A., y D. KAHNEMAN (1973), «Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability», *Cognitive Psychology*, vol. 5: 207-232.
- (1974), «Judgment under uncertainty: heuristics and biases», *Science*, 185: 1124-1131.
- White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules, COM(2008) 165.