

**RESOLUCIÓN DE LA REPÚBLICA DOMINICANA SOBRE LA LENIENCIA DEL CARTEL  
COMENTARIO DEL INSTITUTO ANTIMONIPOLIO GLOBAL  
ESCUELA DE DERECHO ANTONIN SCALIA, UNIVERSIDAD DE GEORGE MASON**

**28 de febrero de 2018**

El Instituto Antimonopolio Global se anima a observar que la República Dominicana está iniciando un programa de indulgencia, ya que indulgencia es un medio efectivo de alentar el auto informe del comportamiento de los cárteles. Pro-competencia ha reconocido correctamente que los cárteles representan la mayor amenaza para el proceso competitivo, con el potencial de reducir el valor de la producción, subir los precios sin ningún beneficio económico correspondiente y perjudicar a los consumidores, entre otros efectos económicos adversos. Y ya que los cárteles representan una gran amenaza para el proceso competitivo, es importante que todas las autoridades de competencia tomen medidas para disuadirlos adecuadamente. Este comentario explora algunas zonas en las cuales los propuestos procedimientos de indulgencia podrían ajustarse para ser aún más efectivos para disuadir a los cárteles. Les agradecemos la oportunidad de comentar y les elogiamos a Pro-competencia por su transparencia. Presentamos este comentario en base a nuestra amplia experiencia y conocimiento en leyes de antimonopolio y economía.<sup>1</sup>

### **Estructura de Sanciones y Reducciones**

En todas las cuestiones relacionadas con el comportamiento de los cárteles, el nivel de disuasión se determina por una combinación de la gravedad de la sanción y la probabilidad de ser descubierto.<sup>2</sup> Por ejemplo, incluso si una agencia de competencia iniciara una sanción extrema para los cárteles, aún no podría disuadirlos si no se dedicaran recursos para investigar la posible conducta de cárteles y no existiera ningún programa para alentar el auto informe. Lo inverso también es cierto: Suponiendo (como parece firmemente apoyado a luz de la evidencia histórica) que muchos cárteles obtienen ganancias significativas para los miembros, incluso si hubiera una probabilidad del 100 por ciento de que se descubriera un cártel, los participantes en el cártel no se desanimarían si las sanciones fueran mínimas. Por lo tanto, si una agencia de competencia busca disuadir efectivamente a los cárteles, debe establecer sanciones significativas, emprender esfuerzos de investigación y

---

<sup>1</sup> El Instituto Antimonopolio Global (GAI), una división de la Escuela de Derecho Antonin Scalia de la Universidad George Mason (Scalia Law), es una plataforma internacional líder en educación e investigación económica que se enfoca en el análisis legal y económico de las principales cuestiones antimonopólicas que enfrentan las agencias de competencia y tribunales en todo el mundo. Profesor Universitario Joshua D. Wright, PhD (economía) es el Director Ejecutivo del GAI y ex Comisario de la Comisión Federal de Comercio de los EEUU. John M. Yun, PhD (economía) es Director de Educación Económica, Profesor Asociado de Derecho en Scalia Law, y ex Adjunto Director Interino Asistente en la Comisión Federal de Comercio, División Antimonopolio, en la Comisión Federal de Comercio de los EEUU. Profesor de derecho Douglas H. Ginsburg es un Magistrado Superior, del Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, presidente de la Junta Internacional de Asesores del GAI, y un ex Asistente del Fiscal General a cargo de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de Estados Unidos. Decano asociado para la investigación y el desarrollo de la facultad y profesor de derecho Bruce H. Kobayashi, PhD (economía), es un destacado académico y director fundador de GAI. Tad Lipsky es el director del Programa de Defensa de la Competencia, Profesor Adjunto de Scalia Law, un ex Asistente Adjunto del Fiscal General por Antimonopolio y ex Director Interino de la Comisión Federal de Comercio de los EEUU de Competencia. GAI agradece sinceramente la asistencia sustancial en la preparación de este Comentario proporcionado por estudiantes de derecho Taylor Alexander, Tyler Phelps, Travis Royer y Thomas Rucker.

<sup>2</sup> Ver Gary Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POLITICAL ECONOMY 169-217 (1968); Douglas H. Ginsburg & Joshua D. Wright, *Antitrust Sanctions*, 6 COMP. POL'Y INT'L 3 (2010); William M. Landes, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, 50 U. CHI. L. REV. 652 (1983).

cumplimiento que aseguran una amenaza creíble de detección suficiente para lograr una disuasión adecuada.

Una de las formas más efectivas de aumentar la amenaza de detección es a través de un programa de indulgencia que ofrece sanciones más ligeras a los miembros del cártel que se auto reportan a la agencia antes de que haya comenzado una investigación.<sup>3</sup> En el programa propuesto por Pro-competencia, la reducción máxima en las sanciones es del 70 por ciento para el primer solicitante, mientras que la reducción para los solicitantes posteriores es del 50 por ciento. Sobre la base de la extensa literatura académica sobre el diseño y el rendimiento de los programas de indulgencia óptima, ofrecemos las siguientes observaciones sobre algunos aspectos de esta estructura de descuento.<sup>4</sup>

Primero, la posibilidad de un cien por ciento (100%) de alivio de las sanciones es una recompensa mucho más atractiva para el primer solicitante y puede ser especialmente importante para alentar el auto informe de cárteles que de otra manera no serían divulgados. La diferencia entre alivio total y alivio del setenta por ciento (70%) podría terminar siendo muy importante. En el momento del descubrimiento inicial de un cártel (cuando los posibles solicitantes de indulgencia evalúan sus opciones legales), los miembros del cártel se enfrentan a una incertidumbre sustancial a la hora de predecir el monto de la última sanción que probablemente se imponga. En ese punto, una oferta de una reducción de cien por ciento (100%) se vuelve muy atractiva en comparación con el continuo silencio, ya que la recepción de indulgencia alivia a la empresa de una amenaza de sanciones significativa, mientras que permanecer en silencio sujeta a los miembros del cartel a la continua incertidumbre sobre el descubrimiento eventual (por ejemplo, si otro participante del cártel se auto informa) y sobre el nivel de sanción final.

Otras jurisdicciones, como los Estados Unidos y la Unión Europea, ofrecen a los solicitantes de indulgencia exitosos el alivio completo y, como resultado, sus programas de indulgencia han sido muy eficaces. Y a pesar de que el primer miembro del cartel que informe recibe una reducción del cien por ciento (100%) de la multa, aún puede enfrentar otras consecuencias, como litigios privados y daños a la reputación. Sin embargo, no está claro que la posibilidad de solo una reducción de multa

---

<sup>3</sup> Ver en general Zhijun Chen & Patrick Rey, *On the Design of Leniency Programs*, (2013) 56 J. L. & ECON. 917-957 (2013).

<sup>4</sup> Para análisis teóricos del efecto de los programas de indulgencia en el comportamiento de los cárteles, ver, e.g., Joe Chen & Joseph E. Harrington, Jr., *The Impact of the Corporate Leniency Program on Cartel Formation and the Cartel Price Path*, in *THE POLITICAL ECONOMY OF ANTITRUST* 59 (2005); Cécile Aubert, Patrick Rey & William Kovacic, *The Impact of Leniency Programs On Cartels*, 24 INT'L J. INDUS. ORG. 1241 (2006); Joan-Ramón Borrell, Juan Luis Jiménez & Carmen García, *Evaluating Antitrust Leniency Programs*, 10 J. COMP. L. & ECON. 107 (2004); Jay Pil Choi & Heiko Gerlach, *Global Cartels, Leniency Programs and International Antitrust Cooperation*, 30 INT'L J. INDUS. ORG. 528 (2012); Sandra Marco Colino, *The Perks of Being a Whistleblower: Designing Efficient Leniency Programs in New Antitrust Jurisdictions*, 50 VAND. J. TRANSNAT'L L. 535 (2017); Bruce H. Kobayashi, *Antitrust, Agency and Amnesty: An Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws Against Corporations*, 69 GEO. WASH. L. REV. 715, 743 (2001); Christopher R. Leslie, *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*, 31 J. CORP. L. 453 (2006); Evgenia Motchenkova & Rob van der Laan, *Strictness of Leniency Programs and Asymmetric Punishment Effect*, 58 INT'L REV. ECON. 401 (2011); Massimo Motta & Michele Polo, *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, 21 INT'L J. INDUS. ORG. 347 (2003). Para evaluaciones empíricas del efecto de los programas de indulgencia, ver, Steffen Brenner, *An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program*, 27 INT'L J. INDUS. ORG. 639 (2009); Nathan H. Miller, *Strategic Leniency and Cartel Enforcement*, 99 AMER. ECON. REV. 750 (2009); Jatinder S. Sandhu, *The European Commission's Leniency Policy: A Success?*, 28 EURO. COMP. L. REV. 148 (2007).

del setenta por ciento (70%) proporcionará un incentivo suficiente para atraer a los solicitantes. Ultimadamente, es una pregunta empírica si un descuento del setenta por ciento (70%) alcanzará el mismo nivel de disuasión que el cien por ciento (100%). Como se dijo, dependerá, *entre otras cosas*, tanto del nivel de castigo, considerando tanto fuentes públicas como privadas, y la capacidad de los reguladores antimonopolio para detectar trampas sin la ayuda de auto informes. Sin embargo, la creación de un fuerte incentivo para el auto informe, que proporciona una reducción del cien por ciento (100%) de la multa, es algo a considerar seriamente dados las experiencias exitosas de otras jurisdicciones que tienen una experiencia significativa con programas de indulgencia.

Segundo, la diferencia entre el descuento del setenta por ciento (70%) para el primer solicitante y el cincuenta por ciento (50%) para los solicitantes posteriores podría tener la consecuencia involuntaria de disuadir a los primeros solicitantes de informar.<sup>5</sup> El riesgo de un aumento del veinte por ciento (20%) en la sanción final simplemente no es suficiente para compensar los beneficios asociados con la posibilidad de que el cártel nunca se divulgue a Pro-competencia. Bajo este acuerdo, puede ser en el mejor interés de cada miembro del cartel adherirse al cartel y luego solicitar una reducción del cincuenta por ciento (50%) si uno de los otros miembros informa. En consecuencia, es muy posible que, debido a la modesta diferencia entre treinta por ciento (30%) de responsabilidad y cincuenta por ciento (50%) de responsabilidad, ningún miembro del cártel tiene un incentivo adecuado para ser el primer solicitante, pensando que puede entrar como el segundo solicitante si otro miembro informa a Pro-competencia sobre el cártel. Como resultado, muchos cárteles nunca pueden ser descubiertos.

Finalmente, es importante señalar que los programas de indulgencia se vuelven cada vez más atractivos en la medida en que la agencia impone sanciones significativas exitosas a los que no reciban indulgencia. Incluso si un programa de indulgencia está estructurado adecuadamente para proporcionar un fuerte incentivo para auto informe, no puede comenzar a tener éxito hasta que la agencia de competencia desarrolle una reputación de imponer sanciones significativas, convirtiéndose en una amenaza cada vez más creíble.

### **Sistema de Marcadores**

Con respecto al sistema de marcadores, nos preocupa que la información requerida para obtener un marcador inicial pueda establecer un estándar demasiado alto para las empresas que consideren la posibilidad de una solicitud de indulgencia. Como se mencionó anteriormente, un factor importante para determinar el éxito de cualquier programa de indulgencia es el grado de certeza que un miembro del cartel espera recibir como resultado de su solicitud de indulgencia. Colocando requisitos tan estrictos sobre los actos necesarios para recibir un marcador hará que el proceso sea más incierto. Esta incertidumbre surge tanto como del grado de investigación interna

---

<sup>5</sup> Ver e.g., Chen & Rey, *supra* nota 3 (mostrando la utilidad de restringir la indulgencia al primer informante solamente); Giancarlo Spagnolo, *Divide et Impera: Optimal Leniency Programs*, STOCKHOLM SCHOOL ECON. (2005) (póliza de indulgencia óptima restringida al primer solicitante que informa); pero ver Jeroen Hinloopen & Adriaan R. Soetevent, *Laboratory Evidence on the Effectiveness of Corporate Leniency Programs*, 39 RAND J. ECON. 607 (2008) (mostrando evidencia experimental de comportamiento reducido del cártel donde el descuento por clemencia es cien por ciento (100%) para el primer informante, cincuenta por ciento (50%) para el segundo y cero por ciento (0%) para los miembros restantes del cártel).

requerida para obtener un marcador y de la posibilidad de que la investigación pueda alertar a otros miembros del cartel sobre la existencia de un potencial cooperador. Tal como, recomendamos encarecidamente que Pro-competencia considere disminuir los requisitos necesarios para que un posible solicitante de indulgencia obtenga un marcador.

Los requisitos para recibir un marcador, como se actualmente propuesto, necesariamente implican una extensa investigación interna de las prácticas propias de la empresa, que retrasará la presentación inicial del cartel y aumentará la incertidumbre sobre la capacidad de la empresa para obtener indulgencia. Pedir a una empresa que averigüe el origen, la duración y el alcance de la actividad del cartel exigiría una considerable cantidad de investigación por parte del miembro del cartel. El peligro para el miembro del cartel viene en el lapso de tiempo entre el momento en que el miembro decide que desea cooperar y cuando puede acumular toda la información necesaria para obtener un marcador. Durante este período, el miembro del cartel está expuesto a graves y crecientes repercusiones legales. Esa exposición conduce al tipo exacto de incertidumbre que puede desalentar a los miembros del cartel de buscar indulgencia.

Además, la investigación interna requerida por el sistema de marcadores puede dar aviso a otros miembros del cartel sobre un posible solicitante de indulgencia, que podría conducir a acciones de otros miembros del cartel que perjudiquen o incluso derrotar los esfuerzos de aplicación de la agencia. Para determinar el origen, alcance y la duración de un cartel pueden requerir entrevistas exhaustivas con participantes sospechosos, búsquedas exhaustivas de documentos y bases de datos asociadas con los participantes sospechosos y productos afectados, y otras actividades de investigación que puedan ser notadas por otros individuos involucrados en el cartel. Esos individuos y otros miembros del cartel con los que se comunican pueden destruir pruebas o intentar saltar en fila antes que el aspirante original de indulgencia. Si otros participantes tuvieran la posibilidad de adelantarse en la fila debido al largo período de investigación necesario para cumplir los requisitos de un marcador, esto, a su turno, creará un desincentivo por parte del cooperador original para buscar un marcador.

Los funcionarios del Departamento de Justicia de los Estados Unidos han enfatizado recientemente la importancia de evitar acciones que podrían alertar a los coconspiradores de cualquier posible investigación.<sup>6</sup> El Departamento y otras agencias han visto que los miembros del cartel "compiten" para ser los primeros en la línea de indulgencia.<sup>7</sup> Si un miembro del cartel averigua sobre otro cooperador potencial, puede acelerar la competencia para ser el primero en la línea al tomar atajos en su investigación, y por lo tanto comprometer la efectividad de la capacidad de la agencia para investigar completamente el cartel.<sup>8</sup> Incluso un miembro bien intencionado del cartel que busca cooperar corre el riesgo de perder la oportunidad de ser el primero en informar si inadvertidamente avisa a otros miembros del cartel. (Por ejemplo, una persona involucrada en el cartel podría notar que un conspirador en una empresa competidora es reacio o no está disponible para comunicarse por períodos prolongados e inexplicables, lo que hace que el primer conspirador

---

<sup>6</sup> Pallavi Guniganti, *US Prosecutors Stress Importance of Preservation of Evidence*, GLOBAL COMP. REV. (Feb. 15, 2018), <https://globalcompetitionreview.com/article/1159060/us-prosecutors-stress-importance-of-preservation-of-evidence>.

<sup>7</sup> Ver Kobayashi, *supra* nota 4, en 739.

<sup>8</sup> Ver Scott D. Hammond, *Cornerstones of an Effective Cartel Leniency Programme*, COMP. L. INT'L 4, 6-7 (2008).

infiera que una investigación del cártel ha comenzado e instar a su propia compañía para buscar indulgencia sin demora.) Nuevamente, esto aumenta la incertidumbre potencial del solicitante de recibir indulgencia, que desalentaría más a los posibles cooperadores.

Por todas las razones que acabamos de mencionar, recomendamos encarecidamente reducir los requisitos para que los posibles solicitantes de indulgencia obtengan un marcador. Cuando un miembro del cártel llega a la decisión de cooperar, a menudo su primera acción es determinar si la indulgencia aún está disponible en cada jurisdicción pertinente. Si la indulgencia sigue estando disponible, ese miembro del cártel quiere que su nombre aparezca en la lista de solicitantes de indulgencia lo más rápido posible. Sin embargo, en ese momento, el solicitante a menudo ha limitado la información sobre el alcance de la conspiración. Los extensos requisitos propuestos para obtener un marcador evitarían que un cooperador voluntario se presente en el momento más temprano posible.

Los programas exitosos de indulgencia en todo el mundo tienen estándares más bajos para obtener un marcador que los propuestos ahora de Pro-competencia. La mayoría de los programas requieren solo una notificación de que existe una posibilidad material de que un cártel esté operando en un determinado sector del mercado. El programa de los Estados Unidos en particular solo requiere que el abogado 1) informe que se descubrió una infracción antimonopolio, 2) divulgue las naturales generales del conducto, 3) identifique la industria, el producto o el servicio para permitir que el Departamento de Justicia determine si la indulgencia aún está disponible, y 4) identifica al cliente.<sup>9</sup> Este informe escueto no obstaculiza la cooperación a largo plazo entre la agencia y el solicitante de informes porque, incluso si el primero en denunciar posteriormente se niega a solicitar indulgencia, el siguiente miembro con un marcador puede aplicar en la mayor medida del programa de indulgencia. Para proporcionar la característica de certeza de los programas exitosos de indulgencia, los requisitos para un marcador inicial deberían ser mucho más bajos que los propuestos por Pro-competencia. Le instamos respetuosamente a Pro-competencia que solicite únicamente la notificación de que existe una posibilidad material de que un cártel esté operando en un determinado sector del mercado, utilizando los requisitos de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos como modelo.

### **Destrucción de Evidencia como Obstáculo de Indulgencia**

Pro-competencia propone descalificar a potenciales solicitantes de indulgencia que participen en cualquier destrucción o alteración de evidencia relacionada con la conspiración. Desafortunadamente, en muchos cárteles, la destrucción o incluso la fabricación de pruebas es común. Sin embargo, la propuesta trata la alteración de la evidencia de una manera que puede impedir el cumplimiento. Como se explica debajo, podría disuadir a los cooperadores potenciales que no habrían destruido o alterado ninguna evidencia y los potenciales solicitantes de indulgencia que de lo contrario estarían ansiosos por cooperar. En consecuencia, recomendamos que cualquier

---

<sup>9</sup> U.S. DEP'T OF JUSTICE, FREQUENTLY ASKED QUESTIONS ABOUT THE ANTITRUST DIVISION'S LENIENCY PROGRAM AND MODEL LENIENCY LETTERS 3 (2017), <https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>.

destrucción o alteración de pruebas pasadas no impida que un miembro del cártel solicite indulgencia.

La simple amenaza de que el anterior manejo ilícito de la evidencia relacionada con los cárteles podría impedir la participación en un programa de indulgencia podría prevenir que los posibles cooperantes se presenten, incluso si no hubieran participado en dicha conducta impropia. Por ejemplo, cuando la gerencia descubre por primera vez la posible participación de la compañía en un cártel, es probable que no esté seguro si los empleados de bajo nivel destruyeron alguna evidencia relevante. Según la regla propuesta, no podía confiar en su elegibilidad para la indulgencia. Esto podría disuadir al solicitante potencial de presentarse; no querría que la agencia lance una investigación mientras su elegibilidad para la indulgencia esté en duda.

Además, el impedimento a la indulgencia podría impedir que un cooperador potencial ayude a la investigación por otros motivos. Con frecuencia, los documentos y otras pruebas se alteran o destruyen en el curso normal de la operación de un cártel. Un miembro del cártel puede hacer esto durante las etapas iniciales del cártel, pero no estar dispuesto a hacerlo más tarde, cuando está considerando buscar indulgencia. Según la propuesta actual, este miembro del cártel se le impediría participar en el programa de indulgencia. Como tal, su incentivo puede ser distorsionado para continuar participando en el cártel, o retirarse del cártel, pero no para auto informar, en lugar de ayudar a la investigación de la agencia.

Aplaudimos el objetivo de esta medida, ya que la preservación de la evidencia es una parte esencial de una investigación antimonopolio.<sup>10</sup> Sin embargo, esta propuesta puede ser contraproducente ya que podría impedir innecesariamente la participación en un programa de indulgencia y desalentar a los solicitantes de indulgencia. En cambio, recomendamos hacer énfasis en la cooperación continua, desde el momento en que un miembro del cartel expresa por primera vez su interés en obtener indulgencia. La agencia podría entonces extraer la promesa de no alterar ni destruir ninguna evidencia en el futuro; los programas de indulgencia en todo el mundo requieren la cooperación continua de los solicitantes de indulgencia.<sup>11</sup> La propuesta actual podría servir como modelo para ese compromiso.

La cooperación con la agencia después del descubrimiento inicial del cártel y el contacto con la agencia es mucho más importante que cualquier mala conducta pasada con respecto a la evidencia. Si bien es comprensible que una agencia tome medidas para prevenir la destrucción o alteración de la evidencia, los requisitos a ese efecto deben ser prospectivos.

## Conclusión

Agradecemos la oportunidad de comentar y estaríamos encantados de responder a cualquier pregunta que Pro-competencia pueda tener o de ayudar a Pro-competencia de cualquier otra manera apropiada.

---

<sup>10</sup> Ver Guniganti, *supra* nota 6.

<sup>11</sup> Ver Kobayashi, *supra* nota 4, en 743.