



# Programa de Clemencia del Departamento de Justicia (División de Competencia) de EEUU

José Ramón González-Magaz  
Steptoe & Johnson LLP  
octubre 2009



STEPTOE & JOHNSON LLP

# Sanciones, Riesgo y Transparencia

“These three major cornerstones – severe sanctions, heightened fear of detection, and transparency in enforcement policies – are the indispensable components of every effective leniency program.”

*Estos tres pilares principales – **sanciones severas**, aumento en el **miedo de ser detectado** y **transparencia en las políticas de implementación** – son los **componentes indispensables** de cada programa de **clemencia efectivo**.*

***Scott D. Hammond, Director de la División de Competencia Criminal, DJ, EEUU (2004)***

# Documentos Orgánicos del Programa

- **Programa de Clemencia (1978)**
- **Política de Clemencia Corporativa (1993)**
- **Política de Clemencia Para Individuos (1994)**
- **Publicación de Preguntas y Respuestas (2008)**
- **Modelo de Carta de Clemencia Condicional**
- **Discursos y Ponencias**

# Programa de Clemencia Original

- Establecido en 1978
- **Génesis institucional de amnistía** en casos de actividad anticompetitiva horizontal (para individuos evitar cárcel y multas; corporaciones evitar multas):
  - Fijación de precios (“price fixing”)
  - Alineamiento de propuestas (“bid rigging”)
  - Restricciones de capacidad de producción
  - Distribución de mercado (de consumidores, ventas)
- **Clemencia a discreción del DJ**, aún si se cumplía con los requisitos
- Clemencia condicionada a que se solicite **antes del DJ comenzar su investigación**
- Durante la vigencia de este Programa original, el DJ recibía una solicitud de clemencia al año
  - El Programa no detectó un sólo cartel internacional durante ese periodo

# Programa de Clemencia Actual

- Modificado en 1993 para corporaciones; en 1994 para individuos
- **Garantía** de clemencia **si se cumple con requisitos y condiciones**
  - Amnistía brindada por la División de Competencia del DJ (no ante otras agencias)
- Programa exitoso durante la última década
  - Aumentó 20 veces el número de carteles reportados
  - Aumento en la cantidad y monto de las multas
    - La multa a corporaciones comúnmente excede USD\$100M
  - Desde el 1997:
    - >USD\$5 mil millones en multas han resultado del Programa
    - 90% de las investigaciones del DJ han resultado del Programa
    - Promedio anual de 50 investigaciones (40% sobre carteles)

# Programa de Clemencia Actual (Cont.)

## 2 Tipos de clemencia:

### □ Tipo A

- DJ aún desconoce sobre la actividad anticompetitiva
- De no cualificar para el Tipo A, se analiza para el Tipo B

### □ Tipo B

- Luego de que el DJ haya recibido información sobre la actividad anticompetitiva

## ■ **Amnistía de cargos criminales** a la corporación y directores/oficiales/empleados que confiesen

- De la corporación no cualificar, o incumplir con las condiciones, sus directores/oficiales/empleados pueden solicitar clemencia individualmente (Tipo B)

# En Carrera Para Solicitar Clemencia

- Por cada actividad anticompetitiva (cada cartel), el **DJ concede clemencia a sólo una corporación o individuo – quien lo solicite primero.**
  - Incentivo de completar la auditoría e investigación interna lo antes posible
  - Incentivo de pedir clemencia en diferentes países a la vez
- Programa Original (1978): La **corporación tenía que someter su solicitud de clemencia** a la carrera, **antes de determinar concretamente los hechos** pertinentes.
- Programa Actual (1993): El DJ tiene **discreción para permitirle a la corporación asentar su posición** en la lista para recibir clemencia.
- Antes de someter una solicitud de clemencia al DJ, **se puede indagar anónimamente** sobre si la misma está disponible.
  - Pero se tiene que identificar a la corporación o individuo para solicitar clemencia.

# Divulgación Sobre Otros Carteles

- Informe del DJ (2004) – Más de la mitad de las investigaciones relacionadas a carteles se inician a raíz de información obtenida mientras se investiga otro cartel.
- Como incentivo, el DJ ofrece **“Amnistía+”**
  - En el proceso de una investigación sobre un cartel, la corporación provee al DJ información sobre otro cartel.
  - La corporación puede recibir amnistía según la Política de Clemencia Corporativa para el otro cartel, más sentencia/penalidad reducida en cuanto al cartel originalmente investigado.
- Però también impone **“Penalidad+”**
  - La corporación es objeto de investigación relacionada a un cartel; tiene conocimiento de su participación en un cartel separado; pero no divulga ese otro cartel al DJ.
  - La corporación estará sujeta a penalidades más severas.

# Enmiendas del 2004 - Sanciones Más Severas

- Incremento de la pena máxima de encarcelación por actividad competitiva de 3 a 10 años.
  - El DJ ha eliminado la práctica de convicciones criminales de individuos sin imposición de cárcel.
- Mínima multa a corporaciones por actividad anticompetitiva incrementó de USD\$10M a USD\$100M (para individuos, de USD\$1M a USD\$10M).
  - Cartel de Vitaminas - F. Hoffmann-La Roche multada USD\$500M
  - Cartel de Pantallas de Cristal Líquido – LG multada USD\$400M
  - Fijación de precios de transporte aéreo - Air France y Aerolínea de Corea multadas USD\$300M respectivamente (coordinando con la investigación europea)

# *Revocatoria de Acuerdo de Clemencia - Stolt-Nielsen S.A. v. U.S.*

- En enero del 2003, el DJ le concedió un **Acuerdo de Clemencia a Stolt** por haber conspirado con competidores para la repartición de consumidores.
  - Para obtener el Acuerdo, **Stolt le representó al DJ que había terminado su participación** en la conspiración **en marzo del 2002**.
  - Pero la investigación del DJ reveló que **Stolt fue partícipe de la conspiración hasta noviembre del 2002**.
- En marzo del 2004, el **DJ revocó el Acuerdo**.
- **Stolt instó un interdicto para impedir la revocación** del Acuerdo.
  - El Tribunal Apelativo dispuso que: (i) la **Rama Judicial carece de competencia para impedir que el Poder Ejecutivo revoque un acuerdo de clemencia; pero (ii) el mismo puede utilizarse como defensa en el juicio**.
- EL DJ instó cargos criminales contra Stolt, pero el Tribunal de **Instancia desestimó los cargos** debido al Acuerdo de Clemencia.

# Riesgos de la Clemencia - Clemencia Requiere Confesión

- El **DJ requiere que la corporación confiese** su conducta anticompetitiva como ilícita para cualificar para clemencia.
- Si la **corporación no provee sus directores/oficiales/empleados** para que cooperen con el DJ, éste infiere que la misma **no ha confesado**.

# Riesgos de la Clemencia (Cont.)

- Restitución a los perjudicados por la actividad anticompetitiva
  - **Puede incluir daños ocasionados fuera de EEUU**
  - En el 2007, el DJ condujo 33 investigaciones (más de USD\$473M en multas)
    - Però la restitución impuesta fue de sólo USD\$2M
  
- Continuación de la investigación criminal
  - Por fiscales estatales
  - Por agencias de competencia de otros países
  - Sobre actividad anticompetitiva separada
  
- Litigios civiles
  - **Por violación de leyes de competencia**
  - Por directores y/o accionistas
  
- Pérdida de posición en el mercado
  - Escrutinio adicional por las agencias de competencia
  - Daños reputacionales – compradores sabrán de la actividad anticompetitiva
  - Hostilidad de los empleados

# Riesgos de la Clemencia (Cont.)

- El DJ mantiene ante terceros la **confidencialidad de una solicitud de clemencia y de la información provista según el acuerdo de clemencia, pero:**
  - EL DJ trata de obtener la **anuencia de quien solicita clemencia para compartir la información**, especialmente en cuanto a carteles internacionales.
  - El DJ **comparte con otras agencias** (domésticas e internacionales) la información que resulta de sus investigaciones.
  - **Recibida solicitud "FOIA", el DJ quizás tenga que proveer información** sobre un acuerdo de clemencia, a menos que la divulgación: (i) interfiera con la implementación del acuerdo; o (ii) delate una fuente de información confidencial.
  - Obligación legal de corporaciones públicas de **informar sobre la investigación**
  
- La solicitud de clemencia es un acto voluntario.
  - El DJ usualmente no requiere la divulgación de información privilegiada
  - Pero existe riesgo de **renuncia al privilegio abogado-cliente**

# Limitaciones de la Clemencia

- La **clemencia del DJ** en cuanto a una actividad anticompetitiva **no brinda amnistía ante otras agencias** federales o estatales, o de otros países.
- La **clemencia del DJ** no se extiende a:
  - **actividades ilícitas no relacionadas a la actividad anticompetitiva confesada;**
  - **otras actividades anticompetitivas; o**
  - **acciones civiles** incoadas por partes privadas.

# Litigios Civiles

- La **corporación que confiesa** al DJ su involucrimiento en conducta anticompetitiva para recibir clemencia, **se expone a ser demandada en un litigio civil**.
  - El **pliego de culpabilidad** en el proceso **criminal** de clemencia puede ser **evidencia inculpatória en el litigio civil**.
- Litigio civil incoado por las partes afectadas por la actividad anticompetitiva
  - “Treble damages” - **Triple compensación a partes perjudicadas (penalidad automática; no discrecional)**
  - Pero, por ley, **si la corporación obtuvo clemencia** del DJ en el proceso criminal, **su responsabilidad puede ser limitada en el litigio civil** a aquellos daños directamente ocasionados (sin que se triplique el monto).



**Muchas gracias.**

**José Ramón González-Magaz**  
**Steptoe & Johnson LLP**  
**1330 Connecticut Avenue, N.W.**  
**Washington, DC 20036-1795**  
**Tel.: +1.202.429.8110**  
**Cell.: +1.240.277.1112**  
**Fax.: +1.202.261.0598**  
**[jrgonzalez@steptoe.com](mailto:jrgonzalez@steptoe.com)**



**STEPTOE & JOHNSON** LLP



# Información Adicional



STEPTOE & JOHNSON LLP

# Clemencia Requiere Cooperación

- **Exposición** completa y detallada **al DJ de los hechos** de la actividad anticompetitiva
- **Pronta producción voluntaria de documentos** e información electrónica según lo requiera el DJ
- Esfuerzos para que **directores/oficiales/empleados cooperen** con el DJ para la investigación
  - Provean información sincera, veraz y completa
  - Comparezcan a entrevistas y brinden testimonio
- Esfuerzos para **restituir las pérdidas** ocasionadas a los perjudicados por la acción anticompetitiva
- DJ quizás requiera que la corporación o individuo continúe en la conspiración para recibir más información

# Requisitos Generales Para Clemencia

1. La corporación es la **primera en solicitar clemencia** con relación a la actividad anticompetitiva;
2. Al momento de la corporación solicitar clemencia, el **DJ carece de evidencia** suficiente contra la corporación como para considerar probable su convicción;
3. La **corporación terminó su participación** en la actividad anticompetitiva;
4. La **corporación informa al DJ sobre la actividad anticompetitiva** de manera sincera, veraz y completa;
5. La **corporación coopera con el DJ** para adelantar la investigación;
6. La **confesión** es una **acción corporativa** (no de directores/oficiales/empleados individualmente);
7. En lo posible, la **corporación restituye** las pérdidas a los perjudicados; y
8. El DJ determina que amnistía a la corporación **no sería injusto a otras partes**.

# Requisitos para Clemencia Tipo A – Previo a la Investigación del DJ

1. El **DJ no ha recibido información** sobre la actividad anticompetitiva;
2. La **corporación terminó su participación** en la actividad anticompetitiva;
3. La **corporación informa al DJ sobre la actividad anticompetitiva** de manera sincera, veraz y completa;
4. La **corporación coopera con el DJ** a lo largo de la investigación;
5. En lo posible, la **corporación restituye** las pérdidas a los perjudicados;  
y
6. La **corporación no fue el líder, originó o coercionó** la actividad anticompetitiva.

# Requisitos para Clemencia Tipo B – Comenzada la Investigación del DJ

1. La corporación es la **primera en solicitar clemencia** con relación a la actividad anticompetitiva;
2. Al momento de la corporación solicitar clemencia, el **DJ carece de evidencia** suficiente contra la corporación como para considerar probable su convicción;
3. La **corporación terminó su participación** en la actividad anticompetitiva;
4. La **corporación informa al DJ sobre la actividad anticompetitiva** de manera sincera, veraz y completa;
5. La **corporación coopera con el DJ** para adelantar la investigación;
6. La **confesión** es una **acción corporativa** (no de directores/oficiales/empleados individualmente);
7. En lo posible, la **corporación restituye** las pérdidas a los perjudicados; y
8. El DJ determina que amnistía a la corporación **no sería injusto a otras partes**.

# Política de Clemencia Para Individuos (1994)

1. Al momento de solicitar clemencia, el **DJ no ha recibido información** sobre la actividad anticompetitiva;
2. El **individuo informa al DJ sobre la actividad anticompetitiva** de manera sincera, veraz y completa;
3. El **individuo coopera con el DJ** a lo largo de la investigación; y
4. El individuo **no fue el líder, originó o coercionó** la actividad anticompetitiva.

# En Carrera Para Solicitar Clemencia (Cont.)

- Para cualificar para el asiento ante el DJ, el abogado tiene que:
  - **Identificar al cliente;**
  - Informar haber **encontrado información** indicando que el **cliente está envuelto en una actividad** anticompetitiva;
  - **Describir la actividad anticompetitiva** en términos generales; e
  - **Identificar la industria, producto o servicio** (con suficiente especificidad que permita al DJ determinar si otro ya ha recibido clemencia).