

Llamado a las Armas en Defensa de los Programas de Clemencia en América Latina



Por: Carlos Mena-Labarthe, Jaime Barahona, Vinicius Marques de Carvalho y Eduardo Frade.¹

En un artículo recientemente publicado por Competition Policy International,² ofrecimos comentarios respecto a un tema de competencia de importancia monumental, aún pendiente ante cierta autoridad internacional, poco conocida por muchos practicantes del derecho de competencia: La Comunidad Andina (CAN), compuesta por cuatro países miembros – Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú – y potenciada por varias funciones regionales, incluyendo la revisión de prácticas anticompetitivas que presenten una dimensión comunitaria.

El tema involucra una ruptura sin precedentes con la política de clemencia, la cual pone en riesgo la futura eficacia y legitimidad de los programas de clemencia en toda América Latina. Kimberly Clark suscribió el primer acuerdo de clemencia en la historia de la autoridad colombiana (SIC) y su contraparte peruana (INDECOPI), llevando a la imposición de multas históricas por ambas autoridades, en lo que se conocería como el "Caso papel tissue", o "soft paper". Otras empresas también participaron de los programas de clemencia durante el proceso. Kimberly Clark también se acogió al programa de clemencia de la autoridad ecuatoriana, la SCPM. Sin embargo, tras una investigación de 18 meses conducida por la SCPM, seguida por el cierre (y subsecuente re-apertura) de una segunda investigación al sector de papel desechable, la autoridad ecuatoriana envió los documentos, información y declaraciones de testigos proporcionadas por Kimberly Clark durante su confesión corporativa a la CAN, ignorando así las reglas de confidencialidad, así como la santidad necesaria de los procedimientos básicos de clemencia.

¹ Carlos Mena-Labarthe es actualmente socio en el despacho legal Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez SC, ubicado en México. Anteriormente se desempeñó como el Procurador en Jefe de la Comisión Federal de Competencia Económica de México. Jaime Barahona es actualmente socio en el despacho legal Guerrero Olivos, de Chile. Es el antiguo vice-director de la Fiscalía Nacional Económica de Chile, a cargo de su programa de clemencia, así como antiguo Secretario del Tribunal de Competencia de la Comisión de Competencia de Chile. Eduardo Frade es socio del despacho VMCA en Brasil, ex-superintendente general del CADE, profesor invitado del programa de Derecho de FGV, y profesor invitado en la Universidad George Mason. Vinicius Marques de Carvalho es actualmente socio del despacho VMCA en Brasil, así como profesor de la Universidad de Sao Paulo, ex-presidente del CADE, ex-secretario de Derecho de Economía, así como miembro del Yale Greenberg World.

² Mena-Labarthe; Barahona; Carvalho y Frade. ¿El fin de los programas de clemencia en América Latina?. CPI Latin America, abril 2018.





Para dar aún más tensión dramática a ésta extraordinaria *novela* de competencia, el equipo técnico de la CAN ignoró esta falta de confidencialidad, así como las decisiones previamente tomadas por sus países miembros de otorgar beneficios de clemencia, recomendando en cambio que tanto a KC como a Grupo Familia se les impusiese una sanción por el monto máximo permitido por los estatutos de la CAN. El 28 de mayo de 2018 la Secretaría General de la CAN proclamó, a pesar de las objeciones presentadas por la SIC e INDECOPI, una imposición de multas por un total de más de \$34 millones de dólares contra KC y Grupo Familia (Resolución 2006). Se trata de la primera decisión en materia de competencia tomada por la CAN, en la cual reafirma su jurisdicción y, además, impone multas.

Desde el momento en que se dio a conocer la decisión, las campanas de alarma inundan los pasillos de la comunidad anti-monopolio en toda América Latina. La decisión de la CAN podría llevar a la destrucción total de los jóvenes pero prometedores programas de clemencia en Colombia y Perú, causando un serio daño al proceso de clemencia en toda América Latina. La región ha sido, en los últimos años, un foco importante de actividad para la imposición de reglas de competencia. Las autoridades de Brasil, Chile, México, Colombia y Perú han perseguido de forma agresiva las actividades cartelistas, ganándose así la confianza tanto de la comunidad legal privada como de la comunidad empresarial, gracias a su aplicación transparente y justa de los programas de clemencia. Sin embargo, en el futuro cercano las empresas podrían verse más reacias a compartir información respecto a sus conductas regionales o globales en países como Brasil, Chile y México si el precedente expone a la empresa a grandes multas.

En lo que representó una cobertura sin precedentes a un caso latinoamericano, el tema ha sido tratado por diversas publicaciones especializadas y discutido en una sesión de Mesa Redonda, convocada por el Comité de Competencia de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). El Comité de Competencia de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) también incluyó el tema durante su reunión anual más reciente.

Aún más importante, en una acción agresiva sin precedentes, Colombia y Perú han hecho de conocimiento público su decisión de luchar contra la decisión de la CAN, presentando una solicitud formal de reconsideración ante el Secretario General (Resolución 2006). Ambas agencias han atacado la decisión del CAN, argumentando: (i) no tener jurisdicción sobre éste caso en particular; ii) problemas de doble sanción (la misma conducta es perseguida y sancionada en dos ocasiones distintas). iii) Falta de un proceso oficial (uso ilegal de evidencia, cuando las empresas afectadas no tienen la posibilidad de responder a los análisis económicos y variados que utiliza el equipo técnico de CAN.), iii) La ausencia de una verdadera investigación por parte de la CAN (Que únicamente usó los mismos de clemencia presentados por los firmantes en los países participantes); iv) la total falta de respeto a los programas de clemencia de otros países miembros, borrando así los beneficios prometidos a cambio de la colaboración de quien aplica. Las solicitudes de reconsideración presentadas por Colombia y Perú dan aviso a la CAN que su decisión podría





poner en riesgo el proceso que han alcanzado en la lucha contra el narcotráfico, poniendo en riesgo su habilidad para seguir utilizando los programas de clemencia para proteger a los consumidores.

La decisión de la CAN ha llevado a una disputa entre estados nación y organizaciones regionales; también genera reacciones de países vecinos y organismos internacionales, causando fuerte incertidumbre. ¿Cuál será el futuro de una organización internacional que ignora las decisiones y políticas de sus miembros? ¿Cómo podría afectar a los estados participantes el hecho de que sus políticas y autonomía sean descartadas por la decisión de un órgano internacional, el cual no cuenta con la figura de clemencia, ni mucho menos con experiencia en la lucha contra los cárteles? Y, de aún más importancia, ¿Cual será el futuro de la política de competencia y los programas de clemencia en la región de los Andes hasta no resolver estas divergencias?

Las solicitudes para reconsiderar la decisión presentan una nueva oportunidad para sumar nuevos puntos de vista a los temas a tratar y lo que esto implica para el futuro de la aplicación de las leyes de competencia, tanto para la región como para América Latina. Con solicitudes formales presentadas por dos autoridades de competencia de países miembros de la Comunidad Andina – Colombia y Perú – así como por las partes afectadas, el caso sin duda cambiará, para bien o para mal, las reglas del juego en nuestra región.

