

1. Introducción

Los cárteles son difíciles de detectar, de probar y por lo tanto de condenar. Por ello, se ha hecho necesario empezar a utilizar una serie de técnicas novedosas que faciliten su detección, la obtención de información y pruebas que permitan focalizar mejor y obtener mejores resultados a otras técnicas más tradicionales de persecución de infracciones tales como los requerimientos de información o las inspecciones. Entre dichas técnicas innovadoras, sin duda alguna merece destacarse la política de clemencia (exoneración o reducción de la multa a aquellas empresas que se auto-inculpen en un cártel aportando información, documentación y pruebas a la autoridad competente). Lejos ya de las dudas que suscitaron en sus momentos iniciales, los programas de clemencia están hoy consolidados como un instrumento de enorme utilidad y efectividad en la lucha contra los cárteles y se han ido incorporando a todos los sistemas desarrollados de defensa de la competencia no sólo en América y Europa sino también en otros continentes como el asiático u Oceanía.

Mucho más recientemente, en la década de los 2000, han empezado a surgir programas específicos de recompensas positivas (*rewards o bounties*) que se han atrevido a dar un paso más en el intento de crear incentivos para aportar a las autoridades competentes información sobre la existencia y el funcionamiento de algunos cárteles. Primero en Corea del Sur en 2002 y luego en Europa (Reino Unido en 2008 y Hungría en 2010) se han puesto en marcha programas de estas características. Aunque no específicamente en el ámbito antitrust, y con un diferente alcance y algunas particularidades, también en EEUU existe la posibilidad de obtener recompensas. Igualmente en otras jurisdicciones como por ejemplo la pakistaní se han creado programas similares. Parece pues haberse iniciado una tendencia –todavía en fase piloto o de experimentación– a completar la clemencia con otras técnicas innovadoras de detección y obtención de información entre las que destacan los incentivos a la denuncia en forma de recompensas y/o de reforzamiento de la protección del denunciante.

Todos estos programas de recompensas parten de la premisa de que puede haber otras personas, principalmente dentro de las empresas participantes en el cártel, que, sin ser responsables de esa participación, tienen información de gran valor sobre la existencia del cártel que podría ser de enorme utilidad para destapar y condenar el cártel. Dado que dichas personas no son culpables del cártel ni pueden por lo tanto beneficiarse directamente del programa de clemencia y dado que además una eventual denuncia del cártel podría acarrearles importantes represalias y perjuicios, carecen de incentivos –más allá del cumplimiento de un deber cívico– para acudir a las autoridades y aportar la información de la que disponen. Así pues, muy probablemente en las circunstancias actuales no lo harán, lo que jugará a favor de los participantes en el cártel y contribuirá al mantenimiento del cártel y del daño que esto supone para la sociedad en su conjunto. Los mencionados programas de recompensas pretenden generar esos incentivos a través de una doble vía: por un lado, creando un escudo protector que blinde al denunciante en toda la medida de lo posible frente a represalias y perjuicios derivados de su denuncia; y por otro lado, retribuyéndole económicamente por la valiosa información que permitirá condenar el cártel.

Esta nueva técnica está lejos de estar consolidada. Es controvertida –si cabe más de lo que en su día lo fue la introducción de los programas de clemencia– y aunque requiera de más tiempo para contrastar sus resultados y su eficacia, suscita cada vez mayor interés y parece apuntar a buenos resultados en algunas jurisdicciones. En mi opinión, merece pues ser objeto de estudio y estrecho seguimiento. La detección de cárteles y su sanción depende muchas veces de la obtención de al menos una primera “información interna” sobre el cártel y conviene asegurarse que, quienes disponen de ella y la puedan aportar, se sientan suficientemente protegidos si deciden hacerlo y dispongan de los incentivos adecuados.

2. Una panorámica global de los programas de recompensa en Europa y sus antecedentes

El 28 de febrero de 2008 el sistema británico para la lucha contra los cárteles se dotó de un instrumento muy novedoso del que no había antecedentes en Europa: se trataba de un sistema de recompensas positivas (*rewards o bounties*) que no se limitase a otorgar inmunidad o a reducir las sanciones que se hubieran podido imponer a los partícipes en un cártel (clemencia) sino que articulaba, como incentivo para denunciar el cártel, la entrega de una cantidad de dinero (recompensa positiva) al denunciante que cumpliera determinadas condiciones¹. El programa de recompensas se completaba además con una serie de disposiciones cuyo objeto era reforzar la protección al denunciante concediéndole el anonimato y la máxima confidencialidad posible para evitar represalias por su denuncia o, si finalmente esto no era posible, un escudo protector de las tareas de cooperación realizadas al servicio de la autoridad y contra las represalias laborales por parte de su empleador que de su denuncia pudieran derivarse.

En Diciembre de 2009, Hungría siguió los pasos de Reino Unido e introdujo también un programa de recompensas similar que ha entrado en vigor finalmente el 1 de abril de 2010². Son las dos únicas experiencias europeas hasta el momento: ni la Unión Europea ni otros Estados miembros han decidido incorporar programas de recompensas.

Dentro de las políticas *antitrust* a nivel mundial, un estudio comparado revela que este tipo de incentivos sólo se habían articulado, específicamente para luchar contra los cárteles, con anterioridad, en el sistema coreano, en concreto desde 2002. No obstante, instrumentos de carácter más horizontal se habían aplicado limitadamente también al campo *antitrust*, en particular en EEUU la *US Civil False Claims Act* ofrecía notables recompensas a individuos que informasen al *Department of Justice* –DOJ– de ciertas conductas fraudulentas relativas a contratos gubernamentales. Más recientemente, en EEUU se han analizado propuestas de introducir, adicionalmente a la *False Claims Act*, por un lado, un programa específico de recompensas dentro de la política antitrust y, por otro lado una protección reforzada del denunciante (o chivato) frente a posibles represalias derivadas de su denuncia. Como veremos más adelante, por el momento se ha avanzado en el segundo bloque sin que se haya conseguido el consenso suficiente para lanzar un programa de recompensas específico para cárteles.

La experiencia europea en este tipo de programas está todavía pues en una fase inicial. De hecho en el momento del lanzamiento del programa, las autoridades británicas anunciaron que esa fase inicial tendría una duración de 18 meses (hasta finales agosto de 2009) tras la cual se valoraría el resultado del programa, sus posibles mejoras, extinción y/o continuidad. Existe poca información disponible sobre la aplicación concreta del programa, pero lo cierto es que las autoridades británicas han seguido ofreciéndolo más allá de ese primer periodo inicial.

Será objetivo de este artículo analizar en profundidad el diseño y la información disponible del programa de recompensas británico, sin perjuicio de realizar también alguna referencia ocasional al reciente programa húngaro. Sin embargo, antes de estudiar la experiencia europea analizaré brevemente los dos precedentes

¹ Véase http://www.offt.gov.uk/advice_and_resources/resource_base/cartels/rewards

² Un resumen muy básico del programa se puede encontrar en http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/02_2010/hu_informant.pdf Una información más detallada con las respuestas a las preguntas más frecuentes se puede descargar de http://www.gvh.hu/gvh/alpha?do=2&st=2&pg=154&m129_doc=6429

antes mencionados: el programa coreano (el único específico existente al respecto, junto con el pakistaní, y el más experimentado a nivel global), así como la medida en que las disposiciones horizontales estadounidenses se pueden utilizar en el campo *antitrust*.

3. Dos precedentes: el programa coreano y la experiencia estadounidense

3.1. El único precedente específico: el programa coreano

La autoridad coreana de competencia (*Korea Free Trade Commission –KFTC–*) estableció por primera vez la posibilidad de cobrar una recompensa a quien informase de un cártel y aportase determinados datos o pruebas en febrero de 2002. Inicialmente se estableció un tope de recompensa de 20 millones de won. Este tope relativamente bajo junto con algunos problemas en la confidencialidad de la identidad del solicitante hizo que las solicitudes fueran menos numerosas de las esperadas. En Noviembre de 2003 se modificó el sistema en estos dos puntos: se elevó el tope de la cuantía sustancialmente hasta los 100 millones de won y además se reforzaron las medidas para garantizar la confidencialidad al informante, permitiendo por ejemplo que el agente o asesor del informante solicitara la recompensa en nombre del informante. Los mejores resultados no se hicieron esperar y aumentaron las solicitudes y las recompensas³. En la actualidad, y desde 2011, el tope se ha establecido en 2 millones de dólares⁴.

La actual regulación de base del programa de recompensas coreano se encuentra recogida en el artículo 64-2 de la ley de competencia coreana, la *Monopoly Regulation and Fair Trade Law (MRFTL)*, en los siguientes términos:

“Article 64-2 (Payment of Compensation)⁵

- 1 The Fair Trade Commission may pay compensation within its budgetary limit to any person reporting any violation of this Act to the Fair Trade Commission and providing proof of such violation.
- 2 The detailed certification of any practice in violation of this Act and qualification of whistleblowers eligible for compensation as well as the scope of and procedure for paying compensation as per the provision of Clause 1 shall be set by the Presidential Decree.”

El desarrollo de esta disposición y las orientaciones concretas del programa de recompensas coreano se encuentran en la *Notification on reward for Informants* de 1 de abril de 2005⁶.

³ Joseph Seon Hur, Director General of the Cártel Bureau (KFTC) habla de 3 recompensadas otorgadas entre 2002-2004, en un paper de una conferencia de noviembre de 2004. Véase Seon Hur, J.: “cártel detection Techniques of the KFTC”, en *Cracking Cártels 04 Conference*, p. 11. Además confirmaba el aumento de nuevas solicitudes y la apertura de investigaciones apropiadamente dirigidas como consecuencia de ellas (...) “the KFTCa is increasingly receiving a greater number of reports since the ceiling has been raised to 100 million won from 20 million won. As the late Oct. 2004, a total of 3 investigations in association with financial rewarding system are underway”, *Ibid*, p. 11-12.

⁴ Véase presentación del Director de la Unidad de Cárteles de la KFTC en mayo de 2012, disponible en <http://www.adbi.org/files/2012.05.02.cpp.sess3.3.kim.cártel.regulation.korea.pdf>

⁵ El texto actual data de una modificación de la MRFTL de 31 de diciembre de 2004. El texto es la traducción oficial al inglés que aparece en la web de la KFTC.

⁶ <http://ftc.go.kr/data/hwp/rewardsystem.doc>